

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
**Reinhard Bork · Jochen Taupitz**  
**Gerhard Wagner**

**Birgit Weitemeyer**  
Reformbedarf im Stiftungsrecht  
aus rechtsvergleichender Perspektive

**Stefan Greiner**  
Die Auslegung empfangsbedürftiger  
Willenserklärungen zwischen „Normativität“  
und subjektivem Empfängerhorizont

**Martin Fries**  
Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden  
Absatzkette

**David Paulus**  
Elternunterhalt oder nicht Elternunterhalt?

**Carsten König**  
Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften



217. Band · Heft 4/5      Oktober 2017

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

---

## Abhandlungen

<i>Birgit Weitemeyer</i> : Reformbedarf im Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive. Stellungnahme zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder .....	431
<i>Stefan Greiner</i> : Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen zwischen „Normativität“ und subjektivem Empfängerhorizont .....	492
<i>Martin Fries</i> : Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden Absatzkette ....	534
<i>David Paulus</i> : Elternunterhalt oder nicht Elternunterhalt? Eine rechtspolitische Kritik .....	579
<i>Carsten König</i> : Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften .....	611

## Literatur

<i>Alexander Hellgardt</i> : Regulierung und Privatrecht Referent: <i>Gunther Kühne</i> .....	687
<i>Joachim Rückert</i> : Abschiede vom Unrecht Referent: <i>Benjamin Labusen</i> .....	696

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

---

## Manuskripte und redaktionelle Anfragen

werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Reinhard Bork*, Seminar für Zivilprozeß- und Allg. Prozeßrecht, Universität Hamburg, Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg; bork@uni-hamburg.de
- Prof. Dr. *Jochen Taupitz*, Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim, Schloß, 68131 Mannheim; taupitz@jura.uni-mannheim.de
- Prof. Dr. *Gerhard Wagner*, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik, Unter den Linden 6, 10099 Berlin; wagner@rewi.hu-berlin.de

## Rezensionsexemplare

werden an den Verlag erbeten.

## Übertragung der Rechte:

Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter [www.mohr.de/acp](http://www.mohr.de/acp)

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an [rights@mohr.de](mailto:rights@mohr.de)

## Richtlinien für Manuskripte:

für das AcP finden Sie unter [www.mohr.de/acp](http://www.mohr.de/acp)

**Erscheinungsweise:** Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 6 Heften mit je etwa 150 Seiten.

**Online-Volltext:** Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext enthalten. Der Zugang gilt für einen Standort einer mittelgroßen Institution mit bis zu 40 000 Nutzern (FTE). Als mehrere Standorte gelten Institutionen dann, wenn die Einrichtungen in unterschiedlichen Städten liegen. Multi-Sites und größere Institutionen bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: [elke.brixner@mohr.de](mailto:elke.brixner@mohr.de). Um den Online-Zugang für Institutionen / Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: [www.ingentaconnect.com/register/institutional](http://www.ingentaconnect.com/register/institutional). Um den Online-Zugang für Privatpersonen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: [www.ingentaconnect.com/register/personal](http://www.ingentaconnect.com/register/personal).

**Verlag:** Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

**Vertrieb:** erfolgt über den Buchhandel.

© 2017 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Dieser Ausgabe des AcP ist ein Prospekt des Verlags C.H. Beck, München, beigelegt.

ISSN 0003-8997

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages



# Reformbedarf im Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive

Stellungnahme zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe  
„Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister  
und -senatoren der Länder

von Prof. Dr. Birgit Weitemeyer<sup>1</sup>, Hamburg

## Inhaltsübersicht

I. Hintergrund der aktuellen Reformdebatte .....	432
II. Bedingungen für ein nachhaltiges Stiftungswesen .....	434
III. Reformvorschläge im Einzelnen .....	439
1. Merkmale der Stiftung bürgerlichen Rechts .....	439
a) Wesen der Stiftung .....	439
b) Beschränkung der Stiftungszwecke .....	441
aa) Zulässigkeit privatnütziger Stiftungen .....	441
bb) Zulässigkeit von Unternehmensstiftungen .....	444
c) Zulässigkeit von Zeit- und Verbrauchsstiftungen .....	449
2. Anerkennung der Stiftung .....	452
a) Konzessions- oder Registrierungsverfahren .....	452
b) Anforderungen hinsichtlich der Gemeinwohlgefährdung als Anerkennnishaftungsbarriere .....	456
c) Anforderungen an das Stiftungsgeschäft .....	460
d) Anforderungen an das Stiftungsvermögen .....	463
3. Name der Stiftung .....	465
4. Sitz der Stiftung .....	467
a) Interlokale Sitzverlegung .....	467
b) Internationale Sitzverlegung .....	468
5. Änderung der Stiftungssatzung einschließlich der Änderung der Stiftungszwecke .....	472
a) Änderung des Stiftungszwecks und sonstiger wesentlicher Satzungsbestandteile .....	474
b) Sonstige Satzungsänderungen .....	479
c) Verfahren .....	480
6. Einführung eines lebzeitigen freien Änderungsrechts des Stifters .....	481
a) Bedürfnis .....	481
b) Ausgestaltung .....	485
IV. Fazit .....	490

---

<sup>1</sup> Bedanken möchte ich mich für die hilfreiche Unterstützung bei der Ausarbeitung des wissenschaftlichen Apparates bei meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Elias Bornemann und Herrn Ruben Rehr sowie den wissenschaftlichen Hilfskräften Frau Elena Münster und Herrn Jan Krekeler.

### *I. Hintergrund der aktuellen Reformdebatte*

Nachdem das Recht der rechtsfähigen Stiftung im BGB über 100 Jahre weitgehend unverändert geblieben war, hat das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002<sup>2</sup> die Anerkennung einer rechtsfähigen Stiftung des privaten Rechts abschließend im BGB geregelt und die hierzu zum Teil erheblich voneinander abweichenden Länderregelungen beseitigt. Das Konzessionssystem ist der Sache nach beibehalten worden, sodass die Entstehung der rechtsfähigen Stiftung neben dem privatrechtlichen Stiftungsgeschäft die staatliche Genehmigung erfordert. Diese wird allerdings nun als „Anerkennung“ bezeichnet, auf die der Stifter gem. § 80 Abs. 1 BGB einen Anspruch hat. In § 87 Abs. 2 S. 1 BGB ist die Voraussetzung für eine Änderung des Stiftungszwecks näher gefasst worden. Bei der Umwandlung des Stiftungszwecks unter den Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 BGB soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden. Insbesondere ist dafür zu sorgen, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustattenkommen sollen, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. Erlischt die Stiftung, ist nach § 88 S. 2 BGB ausdrücklich geregelt worden, dass der Fiskus Anfallsberechtigter des Stiftungsvermögens ist, wenn keine anderweitigen Bestimmungen getroffen worden sind.

Gegenüber den rechtspolitischen Forderungen, die Stiftung durch Eintragung in ein beim Amtsgericht geführtes Register mit negativer Publizität materiell in das Privatrecht zu integrieren,<sup>3</sup> Stiftungen den allgemeinen Rechnungslegungsvorschriften der §§ 238 ff. HGB zu unterstellen,<sup>4</sup> Familienstiftungen zu befristen<sup>5</sup> und Unternehmensstiftungen nach dem Rechtsgedanken des § 22 BGB zu begrenzen,<sup>6</sup> blieb das Gesetz weit zurück. Das heutige Bundesstiftungsrecht markiert damit einen vorläufigen Abschluss der vorangegangenen intensiven Diskussion. Das materielle Stiftungsrecht wurde seit Erlass des BGB aber kaum geändert.<sup>7</sup> Angesichts des sich verändernden Umfelds von Stiftungen bietet sich nun die Chance, eine wirkliche Reform in

<sup>2</sup> BGBl. 2002 I, 2634.

<sup>3</sup> Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997; *Reuter*, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), *Non Profit Law Yearbook* 2001, 27, 42 f.; *Hüttemann* ZHR 167 (2003), 35, 43 f.; vgl. bereits das Referat *Ernst Joachim Mestmäckers* auf dem 44. Deutschen Juristentag, Verh. G 3 ff.

<sup>4</sup> Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997.

<sup>5</sup> Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997; zu § 81 Abs. 2 des Entwurfs.

<sup>6</sup> Gesetzesentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997.

<sup>7</sup> Im Detail *Hüttemann* ZHR 167 (2003), 35 ff.; *Weitemeyer/Franzius*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hg.), *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 1.1 ff.

Angriff zu nehmen, um das Stiftungsrecht für das 21. Jahrhundert zu rüsten.<sup>8</sup> Der im Jahr 2012 präsentierte Vorschlag der Freien und Hansestadt Hamburg zur Reform des Stiftungsrechts<sup>9</sup> eröffnete die Reformdebatte erneut, nachdem er im Juni 2014 die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren und der Justizministerinnen und Justizminister erreichte<sup>10</sup> und zur Einsetzung einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ (im Folgenden Arbeitsgruppe) unter Federführung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz geführt hat, die am 29./30.11.2016 einen 126 Seiten umfassenden Bericht mit weitreichenden Reformvorschlägen vorlegte.<sup>11</sup> Der Bericht adressiert die drängendsten Fragen für zukünftige Stifterinnen und Stifter und für bestehende Stiftungen. So wollen im Zuge des Aufbaus bedeutender Unternehmen und großer privater Vermögen nach dem Zweiten Weltkrieg unternehmerisch denkende Stifter größeren Einfluss auf die Stiftung nehmen, als ihnen dies das geltende Stiftungsrecht erlaubt. Aufgrund des demographischen Wandels<sup>12</sup> ersetzt und ergänzt das Stiften erbrechtliche Verfügungen und werden Unternehmen als Stiftungskapital gebunden.<sup>13</sup> Stiftungen streben internationale Kooperationen an und ihre Vorstände sind international mobil, sodass das Internationale Privatrecht für Stiftungen zunehmend Bedeutung erlangt.<sup>14</sup> Insbesondere kleine und mittlere Stiftungen erleben hingegen infolge der Niedrigzinsphase einen massiven Ertragsrückgang<sup>15</sup> und Politik und Publikum verlangen nach medial diskutierten „Spendenskandalen“ und der Veröffentlichung der „Panama-Papers“ nach mehr Transparenz für Stiftungen und einer stärkeren Kontrolle von Stiftungen durch Verbesserung der „Foundation Governance“. Vor diesem Hintergrund widmete sich die Arbeitsgruppe dem Prüfauftrag, wie der bundeseinheitliche Rechtsrahmen gegenüber dem Landesrecht gestärkt werden kann, ob Stifterinnen und Stiftern

<sup>8</sup> Vgl. *Weitemeyer*, in: Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 17 ff.

<sup>9</sup> Auf einer Tagung des Instituts für Stiftungsrecht und das Recht der Non-Profit-Organisationen der Bucerius Law School in Hamburg, Veranstaltungsbericht s. *Schauer* npoR 2012, 220 ff.

<sup>10</sup> Beschluss der 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 25. und 26. Juni 2014; Beschluss der 198. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 11. bis 13.6.2014.

<sup>11</sup> Abrufbar unter [www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-besch-luesse/20161129-30](http://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-besch-luesse/20161129-30), letzter Aufruf am 1.5.2017.

<sup>12</sup> Vgl. *Röthel*, Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, A 16.

<sup>13</sup> Ausführlich *Weitemeyer*, in: Achleitner/Block/Graf Strachwitz (Hg.), *Stiftungsunternehmen in Theorie und Praxis*, im Erscheinen.

<sup>14</sup> Vgl. *Weitemeyer*, in: Jakob (Hg.), *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, 2010, 73 ff.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu *Weitemeyer/Wrede* npoR 2017, 91 ff.

zu Lebzeiten mehr Rechte eingeräumt werden sollen, ob und wie die Transparenz von Stiftungen zu verbessern ist und wie Stiftungen in der Niedrigzinsphase besser abgesichert werden sowie die Ressourcen nicht überlebensfähiger Stiftungen gebündelt werden können.<sup>16</sup>

Stifter- und Stiftungsverbände, Kirchen und die Wissenschaft waren um Stellungnahmen gebeten worden und auch die aus Vertretern der Stiftungsaufsichtsbehörden zusammengesetzte Arbeitsgruppe bot angesichts der immer noch zersplitterten Rechtslage von 16 Landesstiftungsgesetzen eine authentische Schilderung der Praxis der Stiftungsaufsichtsbehörden. Der Bericht stellt fest, dass das Stiftungsrecht in größerem Umfang abschließend bundesrechtlich geregelt werden sollte, um es einfacher zugänglich zu machen, stärker zu vereinheitlichen und zahlreiche Streitfragen im Stiftungsrecht zu klären. Während die Vorgehensweise der seinerzeit vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe<sup>17</sup> auf Kritik stieß, da man ihr vorwarf, sich einer Modernisierung des Stiftungsrechts zu verweigern,<sup>18</sup> hat sich die aktuelle Arbeitsgruppe der Diskussion in Wissenschaft und Praxis gestellt, so dass der vorliegende Bericht eine valide Basis für eine echte Reformdebatte bietet.

## *II. Bedingungen für ein nachhaltiges Stiftungswesen*

Mit der ersten Stiftungsrechtsreform hatte in Deutschland auch eine breite rechtsvergleichende Beschäftigung mit Stiftungen eingesetzt,<sup>19</sup> die u.a. in den im Februar 2012 veröffentlichten Vorschlag der Europäischen Kommission

<sup>16</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 10; ergänzend widmete sich die Arbeitsgruppe einiger steuerrechtlicher Verbesserungen und erbrechtlicher Fragen, denen hier nicht nachgegangen werden soll.

<sup>17</sup> Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001.

<sup>18</sup> *Burgard* NZG 2002, 697, 697 f.; *Rawert*, FAZ v. 23.4.2002, 15; *K. Schmidt* ZHR 166 (2002), 145 ff.; *Reuter*, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), *Non Profit Law Yearbook* 2001, 27 ff.; *Hüttemann* ZHR 167 (2003), 35, 38 mit Hinweis auf die Begründung des Änderungsgesetzes des Bayerischen Stiftungsgesetzes v. 23.1.2001, LT-Drs. 14/5498, 1.

<sup>19</sup> Vgl. vor allem *Hondius/van der Ploeg*, in: David/Egawa/Graveson/Knapp/v. Mehren/Noda/Rosmaryn/Tschikvadze/Valladao/Yntema/Zweigert/Drobnig (Hg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XIII, 2006; *Bertelsmann Foundation* (Hg.), *Foundations in Europe*, 2001; *Hopt/Reuter* (Hg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001; v. *Hippel*, *Grundprobleme von Non-Profit-Organisationen*, 2007; *Jakob*, *Schutz der Stiftung*, 2007.



für eine Europäische Stiftung (Fundatio Europaea – FE)<sup>20</sup> mündete.<sup>21</sup> Obwohl der Vorschlag nach insbesondere aus Deutschland und Österreich geäußerten Bedenken wegen der automatischen steuerlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit der FE über Staatsgrenzen hinweg aufgegeben worden ist,<sup>22</sup> liefern rechtsvergleichende Erkenntnisse aus anderen Stiftungsrechtsordnungen nach wie vor wichtige Anregungen für das deutsche Stiftungsrecht.<sup>23</sup> Sie verdeutlichen insbesondere, dass liberale Rechtsordnungen, die dem Stifter ein hohes Maß an Privatautonomie<sup>24</sup> zubilligen, Faktoren für ein nachhaltiges Stiftungswesen darstellen. Diese Rechtsordnungen verfügen über rechtssichere Rechtsgrundlagen im Stiftungsrecht, gewähren einen Anspruch auf Stiftungserrichtung ohne Ermessensentscheidung der Behörden und bieten einen Schutz der privatautonomen Vorgaben des Stifters gegenüber schädigenden Einwirkungen auf die Stiftung durch Dritte oder Organe durch eine der Rechtsaufsicht verpflichteten behördlichen Kontrolle.<sup>25</sup> So werden die flexiblen rechtlichen Rahmenbedingungen – neben der stabilen Wirtschaft – für eine hohe Attraktivität von Schweizer Stiftungen verantwortlich gemacht.<sup>26</sup> Das Land weist mit 13.172 (2016) gemeinnützigen Stiftungen eine beachtliche Stiftungsdichte von 1580 Stiftungen pro 100.000 Einwohner auf.<sup>27</sup> In den USA

<sup>20</sup> *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), Brüssel, 8.2.2012, COM (2012) 35 final; vgl. auch die vorangegangene Machbarkeitsstudie *Hopt/von Hippel/Anheier/Then/Ebkel/Reimer/Vahlpahl*, Feasibility Study on a European Foundation Statute, Final Report 2009, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy_en.pdf); zusammenfassend *Hopt/v. Hippel* ZEuP 2013, 235, 238 f.

<sup>21</sup> Vgl. *Hopt*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens, 35. Tagung für Rechtsvergleichung „Religion, Werte und Recht“, 2017, 67 ff. m.w.N.; Vorarbeiten insbesondere von *Hopt/Walz/v. Hippel/Then* (Hg.), *The European Foundation, A New Legal Approach*, 2006; *European Foundation Centre*, Proposal for a Regulation on a European Statute for Foundations, Version 16.1.2005; *Rebsch*, *Die Europäische Stiftung*, 2007, 19 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Weitemeyer* NZG 2012, 1001 ff.; *Hopt*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens, 35. Tagung für Rechtsvergleichung „Religion, Werte und Recht“, 2017, 67, 75 ff.

<sup>23</sup> Vgl. jüngst Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017.

<sup>24</sup> Zur Bedeutung der Privatautonomie für Stiftungen *Weitemeyer*, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, 2017, 201 ff.

<sup>25</sup> *Weitemeyer*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 107 ff.

<sup>26</sup> *Jakob* ZSR 2013 II, 185, 193.

<sup>27</sup> *Eckhardt/Jakob/v. Schnurbein* (Hg.), *Der Schweizer Stiftungsreport 2017*, 4.

sind aufgrund liberaler zivilrechtlicher Rechtsgrundlagen in einem seit 1969 festgefügtten steuerlichen Rahmen mit hoher Transparenz im Jahr 2014 86.192 *private foundation*, also von privaten Stiftern errichtete Stiftungen, zu verzeichnen gewesen. Das entspricht 27 Stiftungen pro 100.000 Einwohner<sup>28</sup> und damit etwa dem in Deutschland bestehenden Verhältnis (21.806 Stiftungen bei rund 81 Mio. Einwohnern im Jahr 2016).<sup>29</sup> Auch in Deutschland wird in der durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002 geschaffenen Straffung und Vereinfachung des auf die Bundesländer aufgesplitterten Genehmigungsverfahrens und der Einführung eines gebundenen Anspruchs auf Anerkennung der Grund für die Zunahme von Stiftungen in den vergangenen 20 Jahren gesehen.<sup>30</sup>

In Rechtsordnungen mit Vorbehalten gegenüber privatautonomen Stiftungsvorhaben finden sich weit weniger Stiftungen. So führt in China die zunehmende wirtschaftliche Öffnung mit hohem Wirtschaftswachstum seit den 1980er Jahren nach dem völligen Verbot von privaten Stiftungen zu einer starken Zunahme von Stiftungen, jedoch auf einem derzeit noch niedrigen absoluten Niveau. Die Volksrepublik wies im Jahr 2015 4.228 Stiftungen, mithin eine Stiftungsdichte von 0,3 Stiftungen pro 100.000 Einwohner, auf.<sup>31</sup> Gesetzliche Rechtsgrundlagen fehlen; das Stiftungsrecht beruht auf einer Verordnung zur Verwaltung von Stiftungen.<sup>32</sup> Die Errichtung einer Stiftung wird als mühsam bewertet, da kumulativ die im freien Ermessen stehende Zustimmung einer staatlichen Patenorganisation und die Genehmigung der Eintragungsbehörde erforderlich sind. Mangels Zuständigkeitsregelung der Patenorganisation hänge die Stiftungserrichtung oft von persönlichen Kontakten ab.<sup>33</sup> Die hierdurch begründeten Hindernisse für Stiftungserrichtungen wurden bereits erkannt und die Genehmigungskompetenz von den Provinzbe-

---

<sup>28</sup> Brakman Reiser/Miller, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 28.

<sup>29</sup> Vgl. Bundesverband Deutscher Stiftungen, Übersicht Stiftungsbestand, -dichte und -wachstum 2016, Stand 31.12.2016, [www.stiftungen.org](http://www.stiftungen.org), letzter Abruf am 1.5.2017; da in Deutschland in der Gesamtstatistik rund 5 % privatnützige Stiftungen abgezogen sind, ist genauer von einer Stiftungsdichte von 25 pro 100.000 Einwohnern auszugehen.

<sup>30</sup> Vgl. Bundesverband Deutscher Stiftungen, Stiftungserrichtungen 1990–2016, Stand 31.12.2016, [www.stiftungen.org](http://www.stiftungen.org), letzter Abruf am 1.5.2017.

<sup>31</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 4.

<sup>32</sup> Hierzu auch Hippe/Pißler ZChinR 2004, 341 ff.

<sup>33</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fach-

hörden teils an die Behörden der Stadtebene abgegeben, was die Errichtung lokaler Stiftungen vereinfachte. Weiter behilft man sich mit einem faktischen Verzicht auf die Zustimmung der Patenorganisation, indem die Eintragungsbehörde selbst die Patenfunktion übernimmt.<sup>34</sup>

Aber auch Frankreich verfügt mit 2.264 Stiftungen (2010)<sup>35</sup> über einen gering entwickelten Stiftungssektor. Bemängelt wird, dass im Gegensatz zum Vereinsrecht, das die Vereinsgründung durch zwei Mitglieder durch bloße Anmeldung erlaubt,<sup>36</sup> das Stiftungsrecht zersplittert und kaum gesetzlich geregelt sei sowie unter starker staatlicher Kontrolle stehe. Erst durch Art. 18 des Gesetzes vom 23.7.1987 wurde das Stiftungsrecht überhaupt auf gesetzliche Grundlagen gestellt.<sup>37</sup> So sind Vorschriften zur Aufsicht oder zur Aufhebung der Stiftung lediglich in behördlichen Mustersatzungen zu finden. Dementsprechend liegt eigentlich keine eigene Rechtsform vor, vielmehr werden Regeln über Institutionen mit öffentlichem Zweck angewandt, was zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit für potentielle Stifter führt.<sup>38</sup> Die Stiftung erlangt Rechtsfähigkeit durch eine behördliche Verordnung (*décret*), die ihr den Status der Gemeinnützigkeit (*utilité publique*) zuerkennt.<sup>39</sup> Dieser ausgeprägte Einfluss der öffentlichen Hand bei der Gründung, Führung und Überwachung von Stiftungen beruht auf einer starken Zurückhaltung gegenüber privater Philanthropie aufgrund der Vorstellung eines staatlichen Monopols für Wohlfahrtsleistungen.<sup>40</sup> Erst im Jahr 2008 wurde der *Fonds de Dotation*

---

gruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 8 f.

<sup>34</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 8 f.

<sup>35</sup> Combes, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 73.

<sup>36</sup> Gesetz vom 1. Juli 1901 (Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association); das Gesetz vom 1. Juli 1901 definiert in Artikel 1 einen Verein („association“) als einen privatrechtlichen Vertrag mit mindestens zwei Parteien, der gemeinsame Aktivitäten vorsieht und der ein Ziel hat, das nicht darin besteht, die Erträge aus diesen gemeinsamen Aktivitäten auf die Vertragsparteien zu verteilen; man zählt 1,3 Mio. Vereine bei rund 66 Mio. Einwohnern; vgl. Archambault *Voluntas* 2015, 2283, 2285.

<sup>37</sup> Combes, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 72 ff.

<sup>38</sup> Combes, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 79.

<sup>39</sup> Vgl. Runte, Atypische Organisationsstrukturen bei Fondazione, Stiftung und Fondation. Rechtsvergleichende Untersuchung partizipativer Elemente bei der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts in Deutschland, Frankreich und Italien unter besonderer Berücksichtigung ihrer Eignung für Public Private Partnership, 2012, 20 ff.

<sup>40</sup> Combes, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 72 ff.; Archambault *Voluntas* 2015, 2283, 2293 ff.

geschaffen, der nur der Anmeldung bei der Präfektur bedarf und weitere Erleichterungen für Stifter brachte.<sup>41</sup> Die Folge ist neben der geringen Stiftungsdichte die Bildung von stiftungsähnlichen Vereinen, die mit beträchtlichen Vermögen ausgestattet sind.<sup>42</sup>

Weitere maßgebliche Bedingungen für das Entstehen von Stiftungen sind eine starke Wirtschaft, da das Dotationskapital zunächst privat erwirtschaftet werden muss, und flankierende steuerliche Begünstigungen. Die günstigen wirtschaftlichen Bedingungen für ein florierendes Stiftungswesen sind seit langem gegeben, die steuerlichen Bedingungen stehen hier nicht zur Diskussion.<sup>43</sup> Leitbild für eine Reform des deutschen Stiftungszivilrechts ist daher die Reichweite der Privatautonomie für Stifter und ihr Schutz durch die Rechtsordnung. Auch der interne Rechtsvergleich zwischen den Rechtsformen ist fruchtbar zu machen. Aufgrund der historisch bedingten Sonderstellung der Rechtsform Stiftung erreichen Fragestellungen das Stiftungsrecht verspätet, die für Verein und Gesellschaft schon länger diskutiert und bereits gelöst worden sind. Geht man davon aus, dass die bestehende Vielheit der Rechtsnormen zu Gesellschaft, Verein und Stiftung rechtspolitisch ein möglichst widerspruchsfreies System bilden soll,<sup>44</sup> sind die dort gefundenen Lösungen vergleichend heranzuziehen.<sup>45</sup> Im Folgenden werden die zentralen Reformvorschläge der Bund-Länder-Arbeitsgruppe daher unter Auswertung der Erfahrungen anderer Stiftungsrechtsordnungen und unter dem Aspekt des Binnenvergleichs mit anderen Rechtsformen des deutschen Rechts bewertet. Ausgeklammert werden die – weiteren Beiträgen vorbehaltenden – Themen der Foundation Governance<sup>46</sup> sowie der Beendigung und Zusammenführung von Stiftungen.

---

<sup>41</sup> *Combes*, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 78 f.

<sup>42</sup> *Combes*, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 72 ff.; vgl. auch *Archambault/Priller/Zimmer* *Voluntas* 2014, 514 ff.; *Labigne*, *The Additudinal Dimensions of Civility – Voluntary Associations and Their Role in France, Germany, and the United States*, 2014.

<sup>43</sup> Im Rechtsvergleich *Weitemeyer*, in: Jung (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth*, 2017, 107, 177 ff.

<sup>44</sup> Vgl. *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*. 3. Aufl. 2008, § 56 I, 451; krit. *Rüther/Fischer*, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 5. Aufl. 2010, Rn. 147a.

<sup>45</sup> So umfassend noch *MüKoBGB/Reuter*, 6. Aufl. 2012, BGB Vorbem. § 80, 81 Rn. 1 ff.

<sup>46</sup> Insbesondere zu ergänzenden Regelungen zu den Organen der Stiftung, zur Einführung einer Business Judgement Rule, zur Einführung eines Notbestellungsrecht

### III. Reformvorschläge im Einzelnen

#### 1. Merkmale der Stiftung bürgerlichen Rechts

##### a) Wesen der Stiftung

Die Arbeitsgruppe schlägt vor, das Wesen der Stiftung erstmals gesetzlich zu definieren:

#### § a Wesen der Stiftung

*(1) Die Stiftung ist eine mitgliederlose, mit einem Vermögen zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks ausgestattete juristische Person.*

Die Merkmale der Rechtsform „Stiftung“ seien bisher nur aus der Zusammenschau der §§ 80 ff. BGB und der Landesstiftungsgesetze zu entnehmen.<sup>47</sup> Im (etwas) jüngeren Aktien- und Genossenschaftsrecht finden sich in § 1 AktG und § 1 GenG entsprechende Definitionen, dem älteren Vereins- und Gesellschaftsrecht des BGB, dem GmbHG und dem HGB sind sie fremd. Für den rechtssicheren Umgang des Rechtsverkehrs mit diesen Rechtsformen ist eine Definition ihres Wesens auch nicht erforderlich gewesen, sodass sich die Frage stellt, warum dies bei der Stiftung anders sein soll, um „Stiftern den Zugang zum Stiftungsrecht zu erleichtern“.<sup>48</sup>

Die Arbeitsgruppe möchte die Definition aber auch gegenüber so genannten Funktionsstiftungen und Selbstzweckstiftungen einsetzen. Sie meint, aus der Zusammenschau von § 80 Abs. 2 S. 1 BGB und § 81 Abs. 1 S. 2 BGB ergebe sich, dass die Stiftung das Vermögen nur als Mittel zur Zweckerfüllung einsetzen dürfe. Daher seien reine Funktionsträgerstiftungen wie die Stiftung und Co. KG unzulässig, denn hier diene nicht das Stiftungsvermögen zur Wahrnehmung der Funktion als Komplementärin in der KG, da diese auch ohne ein Vermögen errichtet werden könne. Auch das von der herrschenden Meinung postulierte Verbot einer Selbstzweckstiftung folge aus der vorgeschlagenen Definition, wonach unternehmenstragende Stiftungen ausgeschlossen sind, deren Zweck nur darin besteht, das Unternehmen zu erhalten.<sup>49</sup> Ob-

für Stiftungsaufsichtsbehörden, ergänzende Regelungen zum Stiftungsvermögen und seiner Verwaltung sowie zur Transparenz von Stiftungen.

<sup>47</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 12.

<sup>48</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 18.

<sup>49</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 13.

wohl diese Sichtweise bereits der herrschenden Auffassung im Schrifttum entspricht, ist die Stiftung als Komplementärin einer KG, als Kommanditistin oder als GmbH-Gesellschafterin mit dem Ziel, vom Stifter nicht gewünschte Veränderungen wie Übernahmen, Veräußerung oder Satzungsänderungen zu verhindern, in der Praxis verbreitet. Zählt man mit der herrschenden Ansicht zu den Wesenselementen der Stiftung ihr Vermögen, das sie gem. § 81 Abs. 1 S. 2, 3 Nr. 4 BGB für ihre Zweckverfolgung benötigt, ist die reine Unternehmensleitung in Personengesellschaften als Komplementärin oder die Verhinderung unerwünschter Veränderungen als Kommanditistin nicht vom Stiftungsbegriff gedeckt.<sup>50</sup>

Auch international ist diese Gestaltung verbreitet ausgeschlossen, so in der Schweiz (Art. 552 Abs. 1 OR),<sup>51</sup> in Tschechien,<sup>52</sup> Liechtenstein (Art. 552 § 1 Abs. 3 PGR)<sup>53</sup> und in Österreich (§ 1 Abs. 2 PSG),<sup>54</sup> wo Stiftungen als juristische Personen die Rolle als persönlich unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft anders als in Deutschland schon grundsätzlich verschlossen ist, ebenso in Frankreich<sup>55</sup> und China.<sup>56</sup> Es ist daher zu begrüßen, wenn sich der Gesetzgeber mit der vorgeschlagenen Definition zum zweckgebundenen Vermögen als Wesensmerkmal der Stiftung bekennt. Zudem, das hat die Entwicklung nach der Stiftungsrechtsreform des Jahres 2002 gezeigt, mag man aus dem Schweigen des Gesetzgebers, wenn der Vorschlag nicht weiterverfolgt würde, schließen, es könne Stiftungen erlaubt werden, als vermögenslose Rechtsform ausschließlich zur Verfolgung eines Zwecks eingesetzt zu werden.

---

<sup>50</sup> Vgl. MüKoBGB/Weitemeyer, 7. Aufl. 2015, BGB § 80 Rn. 149; Staudinger/Hüttemann/Rawert (2017) Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 212 m.w.N.; aA Burgard, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006, 146.

<sup>51</sup> Zur praktischen Handhabung vgl. Meier-Hayoz/Fortmosser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 12 Rn. 29 f. m.w.N.

<sup>52</sup> Ronovska, in: Prele (Hg.), Developments in Foundation Law in Europe, 2014, 35, 43.

<sup>53</sup> Gesetz v. 26.6.2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts, LGBl. 2008, Nr. 220.

<sup>54</sup> BGBl. 1993/694 idF BGBl. I 2020/111; vgl. hierzu ausführlich Wohlgenannt, Verbot von Selbstzweckstiftungen in Österreich und Liechtenstein unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensträgerstiftung, 2015, 104 ff. m.w.N.

<sup>55</sup> Capitant, in: Hopt/Reuter (Hg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, 343, 347.

<sup>56</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 9.

*b) Beschränkung der Stiftungszwecke*

Weitere Beschränkungen erlaubter Stiftungszwecke, wie sie im Vorfeld der Stiftungsrechtsreform von 2002 im Hinblick auf Familienstiftungen oder Unternehmensstiftungen diskutiert worden waren, lehnt die Arbeitsgruppe ab.

*aa) Zulässigkeit privatnütziger Stiftungen*

So sei eine Beschränkung auf gemeinnützige Stiftungen nicht erforderlich, weil sich seit der damaligen Diskussion die Zahl der privatnützigen Familienstiftungen nicht erhöht habe. Wegen der Änderungsanfälligkeit des Steuerrechts sei eine Anknüpfung des Stiftungszivilrechts an das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht auch problematisch.<sup>57</sup>

Eine Beschränkung auf steuerlich gemeinnützige Stiftungszwecke<sup>58</sup> oder eine zeitliche Begrenzung privatnütziger Stiftungen, um der Problematik der Herrschaft der „Toten Hand“ zu begegnen,<sup>59</sup> hatte der Gesetzgeber 2002 nicht vorgenommen.<sup>60</sup> Nach § 80 Abs. 2 BGB darf der Stiftungszweck lediglich das Gemeinwohl nicht gefährden. Der Stiftungszweck muss aus Sicht des Stifters nur fremdnützig, aber nicht zwingend gemeinnützig sein.<sup>61</sup> So sehen manche das wichtigste Ergebnis der bundesrechtlichen Vereinheitlichung der Anerkennungsvoraussetzungen darin, früheren Vorbehalten gegen privatnützige und unternehmensverbundene Stiftungen in einzelnen Landesstiftungsgesetzen die Grundlage entzogen zu haben.<sup>62</sup> Man geht von rund 5 % Familienstif-

<sup>57</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 14.

<sup>58</sup> So der Entschließungsantrag der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 14/2029 v. 9.11.1999, 6: „Gemeinwohlorientierung soll künftig bei Neugründungen von Stiftungen Voraussetzung des Rechts der Verwendung des Begriffs Stiftung sein, um so den besonderen Charakter eines bürgerschaftlichen Engagements zu würdigen, das in der endgültigen und unwiderruflichen Abtretung privaten Vermögens für gemeinnützige Anliegen zum Ausdruck kommt“.

<sup>59</sup> Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997; zu § 81 Abs. 2 des Entwurfs.

<sup>60</sup> BT-Drs. 14/8765, 8; vgl. auch den Bund-Länder-Bericht, 45 ff.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 222; Hüttemann ZHR 167 (2003), 35, 60 ff.; Oppel Die österreichische Privatstiftung und die deutsche Familienstiftung als Instrumente der Nachfolgestaltung, 2014, 59 ff.

<sup>61</sup> BT-Drs. 14/8765, 9; in diese Richtung Teile der Literatur vor der Stiftungsrechtsreform, vgl. MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 81.

<sup>62</sup> v. Campenhausen/Richter/Hof, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 4.

tungen aus,<sup>63</sup> die teilweise noch auf der gesetzlich angeordneten Umwandlung von historischen Familienfideikommissen beruhen.<sup>64</sup>

International stellen die deutschsprachigen Länder Deutschland, Schweiz, Liechtenstein und Österreich sowie die Niederlande und die skandinavischen Länder mit der Zulässigkeit privatnütziger Stiftungen eine Ausnahme dar.<sup>65</sup> Wenig verwunderlich ist, dass in China nur gemeinnützige Stiftungszwecke erlaubt sind.<sup>66</sup> Dies gilt aber auch für Frankreich und Länder des romanischen Rechtskreises sowie in den meisten osteuropäischen Ländern, so in Kroatien, Litauen, Luxemburg, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Albanien, Bosnien-Herzegowina, Mazedonien, Montenegro, Russland und Serbien.<sup>67</sup> Rechtstechnisch ist ein Verbot privatnütziger Zwecke dort überall umsetzbar, etwa durch eine Beschränkung auf einen zivilrechtlichen Idealzweck (*public benefit*), ohne dass an das Steuerrecht angeknüpft werden müsste.

Anatol Dutta hat darauf aufmerksam gemacht, dass die Zulassung privatnütziger Familienstiftungen in funktionaler Weise geeignet ist, die Grenzen privater Erbrechtsgestaltung zu überspielen,<sup>68</sup> was auch als Grund für das Verbot der Familienstiftung in Frankreich genannt wird.<sup>69</sup> Und trotz ähnlicher gesetzlicher Ausgangslage geht die Schweiz mit Familienstiftungen anders um als Deutschland, da dort aufgrund der restriktiven Auslegung des ausdrücklichen Verbots des Familienfideikommisses in Art. 355 ZGB durch die Rechtsprechung sowie wegen hoher steuerlicher Belastungen neue, voraussetzungslos an ihre Destinatäre ausschüttende Familienstiftungen nicht zulässig sind,<sup>70</sup> wobei rund 1.000 historisch überkommene Familienstiftungen bestehen.<sup>71</sup> In den USA steht für privatnützige Zwecke der Trust zur Verfügung, der aber ebenso wie in England und Wales aufgrund der *rule against perpetuities* zeitlichen Grenzen unterliegt, weil man die ewige Bindung privaten Vermögens ausschließen will. Allerdings weichen in den USA einige Staa-

<sup>63</sup> Bundesverband Deutscher Stiftungen, Statistiken, Stand 31.12.2016, [www.stif-tungen.org](http://www.stif-tungen.org), letzter Abruf am 1.5.2017.

<sup>64</sup> Vgl. Dutta RabelsZ 77 (2013), 828 ff.

<sup>65</sup> European Foundation Centre, Comparative Highlights of Foundation Laws, 2015, 16 f.

<sup>66</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 9.

<sup>67</sup> Vgl. die Übersicht in European Foundation Centre (Fn. 65), 16 f.

<sup>68</sup> Dutta RabelsZ 77 (2013), 828, 834; ders., Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht 2014, 126 ff.

<sup>69</sup> Capitant, in: Hopt/Reuter (Hg.), Stiftungen in Europa, 2001, 343, 347.

<sup>70</sup> Jakob, in: Jakob (Hg.), Stiftung und Familie, 2015, 61, 71 ff.

<sup>71</sup> V. Schnurbein, in: Jakob (Hrsg.), Stiftung und Familie, 2015, 13, 19.



ten die *rule against perpetuities* auf und ermöglichen ewige Dynast Trusts<sup>72</sup> und die Schweiz wird zur Öffnung für Familienstiftungen aufgefordert, um Standortnachteile zu beseitigen.<sup>73</sup>

In Deutschland stellt sich – wie in der Schweiz – nach wie vor die Frage nach der ordnungspolitischen Zulässigkeit privater Haftungsexklaven insbesondere von voraussetzungslosen Unterhaltsstiftungen, die ihre Erträge nicht beschränkt auf die Bedürftigkeit der Destinatäre, deren Ausbildung oder ähnliche Zwecke ausschütten.<sup>74</sup> Seit der Stiftungsrechtsreform von 2002 scheinen letzte Bedenken aber ausgeräumt zu sein und die Familienstiftung wird als probates Mittel der Unternehmensnachfolge empfohlen.<sup>75</sup> Der nationale Gesetzgeber sollte daher die erneute Reformdiskussion nutzen, den Umfang privater Vermögensperpetuierung sorgsam zu diskutieren. Es ist auch längst noch nicht ausgelotet, wie ewig bestehende Familienstiftungen zu handhaben sind, wenn sich die Destinatäre durch Erbfolge auf hunderte oder tausende Personen vervielfacht haben. Eine zeitliche Begrenzung von Familienstiftungen schafft demgegenüber die Möglichkeit, das Vermögen an die dann aktuellen Destinatäre auszuschütten, mit der Maßgabe, dass diese erneut darüber bestimmen können, ob sie gegebenenfalls eine neue Stiftung errichten.

Rechtspolitisch bedenklich ist auch, dass einige Bundesländer keine Aufsicht über Familienstiftungen und keine Eintragung in das Stiftungsregister vorsehen, wenn dies durch den Stifter gewünscht wird (etwa § 6 Abs. 3 NRWStiftG), da die Stiftungsaufsicht als Ersatz für die fehlende Mitgliederkontrolle in allen Stiftungen funktional unentbehrlich ist.<sup>76</sup> Es ist daher zu begrüßen, dass die Schweiz (mit einer Übergangsfrist von fünf Jahren) seit dem 1.1.2016 auch für bestehende Familienstiftungen eine Eintragungspflicht

<sup>72</sup> Dutta RabelsZ 77 (2013), 828, 841.

<sup>73</sup> Jakob, ZSR 2013 II, 185, 323 ff.; ders., in: Jakob (Hg.), *Stiftung und Familie*, 2015, 61 ff.; Jakob/Picht, in: FS für Dieter Reuter 2010, 140, 147 f.; kritisch hingegen Studen, ebenda, 89 ff.

<sup>74</sup> Umfassende Bedenken de lege lata bei Reuter, in: FS für Werner Merle 2010, 309, 318; ders., in: Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2015/2016*, 15 ff.; nur noch rechtspolitische Kritik Staudinger/Hüttemann/Rawert, (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 268; Oppel (Fn. 60), 63.

<sup>75</sup> Vgl. nur Werder/Wystreil BB 2016, 1558, 1563; von Löwe, *Familienstiftung und Nachfolgegestaltung*. Deutschland, Österreich, Schweiz, Liechtenstein, 2. Aufl. 2016, passim.

<sup>76</sup> Andrick/Suerbaum, *Stiftungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (StiftG NRW)*, 2016, § 6 Rdnr. 40 ff.; Staudinger/Hüttemann/Rawert, (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 136 f. m.w.N.; ebenso für die Schweiz Jakob KUKO ZGB, Art. 84 Rn. 1.

nach Art. 52 Abs. 1 ZGB geschaffen hat.<sup>77</sup> Entsprechende Lücken sind in Deutschland ebenfalls zu schließen, zumal mit Wirkung zum 26.6.2017 durch die Änderung des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (GwG)<sup>78</sup> zur Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismus und organisierter Kriminalität<sup>79</sup> in den §§ 18 ff. GwG Regelungen zur Einführung eines elektronischen Transparenzregisters eingeführt wurden, in dem Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen einschließlich privatrechtlichen Stiftungen einzutragen sind.<sup>80</sup>

### *bb) Zulässigkeit von Unternehmensstiftungen*

Auch unternehmensverbundene Stiftungen, deren Genehmigung in den Bundesländern höchst unterschiedlich gehandhabt worden war,<sup>81</sup> hat das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts von 2002 nicht ausgeschlossen.<sup>82</sup> Die Diskussion darüber, ob Stiftungen gewerbliche Unternehmen nur im eingeschränkten Maße betreiben dürfen, etwa im Rahmen des für Idealvereine nach § 21 BGB erlaubten Nebenzwecks,<sup>83</sup> hat durch die Ablehnung entsprechender Vorbehalte durch den Gesetzgeber einen Abschluss gefunden.<sup>84</sup> Auch die aktuelle Arbeitsgruppe sieht dies so. Die wirtschaftliche Betätigung von Stiftungen solle anders als beim Idealverein nicht eingeschränkt werden, weil sich die Stiftung nicht als Alternative zu Kapitalgesellschaften und Genossenschaften eigne und daher keine Gefahr bestehe, dass zwingende Normativbestimmungen umgangen würden.<sup>85</sup>

<sup>77</sup> Einzelheiten s. *Jakob/Gruber*, in: Eckhardt/Jakob/v. Schnurbein (Hg.), *Der Schweizer Stiftungsreport 2016*, 20 ff.

<sup>78</sup> BGBl. I S. 1822; zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission.

<sup>79</sup> Siehe Erwägungsgründe der Richtlinie (EU) 2015/849 und BegrRegE, BT-Drs. 18/11555, 88 f.

<sup>80</sup> Details siehe *Nadwornik*, nPoR 2017, 233 ff.

<sup>81</sup> Darstellung zur früheren Rechtslage *MüKoBGB/Reuter*, 5. Aufl. 2006, §§ 80, 81 Rn. 95.

<sup>82</sup> *Weitemeyer/Franzius*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Fn 7), Rn. 1.37.

<sup>83</sup> Vgl. zur Diskussion *Hüttemann ZHR* 167 (2003), 35, 60 f.; so § 81 Abs. 1 BGB-E des Gesetzentwurfs von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320, 9.

<sup>84</sup> Zutr. *Hüttemann ZHR* 167 (2003), 35, 60 ff.; a.A. *Burgard NZG* 2002, 697, 700; *Schwarz DStR* 2002, 1767, 1768; *Hüffer*, in: GS für Peter J. Tettinger 2007, 449, 456 f.

<sup>85</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 15.

In der Tat gibt es seit der Umwandlung der Carl Zeiss Stiftung kein größeres Unternehmen, das unmittelbar von einer Stiftung getragen wird. Es dominieren die Beteiligungsträgerstiftungen mit Kapitalgesellschaften als Tochterunternehmen einer Stiftung. Die 21 größten gemeinnützigen Stiftungen in Deutschland sind allesamt aus privaten Unternehmen oder aus Privatisierungen von Staatsbeteiligungen hervorgegangen.<sup>86</sup> Nur ein Teil von ihnen hat sich von dem Unternehmen getrennt und das Stiftungsvermögen diversifiziert; mehrheitlich sind Unternehmen in Stiftungskonzerne eingebracht worden wie bei Bertelsmann<sup>87</sup> in eine Doppelstruktur aus gemeinnütziger und privatnütziger Stiftung<sup>88</sup> oder wie die Discountmärkte ALDI Nord und ALDI Süd in mehrere privatnützige Stiftungen.<sup>89</sup> Die Übertragung auf eine gemeinnützige Stiftung schont dank der Steuerbefreiung, zumal nach der partiellen Rücknahme der Steuerbefreiungen für Unternehmensvermögen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht durch Gesetz vom 4.11.2016<sup>90</sup>, die Kapitalbasis des Unternehmens.<sup>91</sup> Die Stiftung als Unternehmensträgerin soll das Unternehmen zudem dauerhaft erhalten und vor Übernahmen schützen.<sup>92</sup> Erhebliche Gefahren der Stiftung als Unternehmensnachfolgerin liegen allerdings in der geringeren Anpassungsfähigkeit an wirtschaftliche Entwicklungen und in dem Konfliktpotential zwischen Familie bzw. Stiftung auf der einen und Management und Unternehmen auf der anderen Seite,<sup>93</sup> wie die Streitigkeiten um den Stiftungskonzern von Aldi-Nord<sup>94</sup> sowie der Firma Playmobil<sup>95</sup> veranschaulichen.

<sup>86</sup> Bundesverband Deutscher Stiftungen, Liste der größten gemeinnützigen Stiftungen, Stand 28. Juni 2015, [www.stiftungen.org](http://www.stiftungen.org), letzter Abruf am 1.5.2017.

<sup>87</sup> Rawert, FAZ v. 11.9.2010, 35 bezugnehmend auf Schuler, Bertelsmann Republik Deutschland. Eine Stiftung macht Politik, 2010.

<sup>88</sup> Rawert ZEV 1999, 294 ff.; Reuter, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2001, 27, 56 f.; Muscheler, Stiftungsrecht: gesammelte Beiträge, 2. Auflage 2011, 325 f.

<sup>89</sup> Brück, „Wie die Macht im Aldi-Reich verteilt ist“, v. 2.8.2010, <http://www.wiwo.de/unternehmen/discounter-wie-die-macht-im-aldi-reich-verteilt-ist/5155614.html>, letzter Abruf am 5.9.2017.

<sup>90</sup> Gesetz zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts v. 4.11.2016, BGBl. 2016 I, 2464.

<sup>91</sup> Muscheler (Fn. 88), 341 f.

<sup>92</sup> Ponath/Raddatz, in: Feick (Hg.), Stiftung als Nachfolgeinstrument, 2015, 273 ff.; Muscheler (Fn. 88), 336 f.; skeptischer Richter/Sturm ZErB 2006, 75.

<sup>93</sup> Vgl. Hoffmann-Becking ZHR 178 (2014), 491 ff.; Hüttemann, in: Röthel/K. Schmidt (Hg.), Familienunternehmen im Wandel, 2015, 45 f.; Thym, Das Kontrollproblem der Stiftung und die Rechtsstellung der Destinatäre, 2007, 37 ff., 63 ff., 79 ff.

<sup>94</sup> Handelsblatt v. 25.5.2016, 22.7.2014.

<sup>95</sup> „In der Playmobil-Welt herrschen Streit und Misstrauen“, FAZ v. 30.6.2016, 21.

Nach geltendem Recht ist der bloße Unternehmenserhalt als alleiniger Stiftungszweck unzulässig.<sup>96</sup> Der Zweck der Stiftung darf sich nicht darauf beschränken, das in ihr gebundene Vermögen auf Dauer zu erhalten, ohne mit ihm einen fremdnützigen Zweck zu verfolgen, da das Stiftungsgeschäft nach § 80 Abs. 1 S. 2 BGB die verbindliche Erklärung enthalten muss, „ein Vermögen zur Erfüllung eines von ihm vorgegebenen Zwecks zu widmen“, der Stiftungszweck also außerhalb der Stiftung liegen muss.<sup>97</sup> Verboten sind auch „verdeckte“ Selbstzweckstiftungen, bei denen neben dem Unternehmenserhalt ein eigenständiger Zweck verankert, aber nicht ernsthaft verfolgt wird.<sup>98</sup> Wann dies konkret der Fall ist, darüber gehen die Auffassungen jedoch auseinander. Der Erhalt von Arbeitsplätzen und volkswirtschaftliche Vorteile reichen hierfür nach überwiegender Meinung nicht aus, da diese mit jedem erwerbswirtschaftlichen Unternehmen verbunden und daher keine außerhalb des Unternehmensvermögens liegende Stiftungszwecke sind.<sup>99</sup> Die seinerzeitige Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht hat gemeint, eine „reine“ Unternehmensselbstzweckstiftung liege nicht vor, wenn die Stiftung auch die Förderung sozialer Anliegen bezweckt.<sup>100</sup> Rainer Hüttemann hält die Unternehmensstiftung dann für eine unzulässige Selbstzweckstiftung, wenn die Verwirklichung des gemeinnützigen Stiftungszwecks „völlig hinter das Ziel der Vermehrung der Vermögenssubstanz“ zurücktritt<sup>101</sup> und Peter Rawert sieht es kritisch, wenn die Errichtung der unternehmensverbundenen Stiftung

<sup>96</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, 38, 44 ff., Hüttemann ZHR 167 (2003), 35, 58, 61; Staudinger/Hüttemann/Rawert, (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 224 ff.; Schwintek, Vorstandskontrolle in rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, 2001, 49 ff.; Hushahn, Unternehmensverbundene Stiftungen im deutschen und schwedischen Recht, 2009, 96; für die Schweiz: Jakob ZSR 2013 II, 185, 272 ff.; Eitel, in: FS für Hans Michael Riemer 2007, 79 ff.

<sup>97</sup> Hüttemann ZHR 167 (2003), 35, 61; Rawert, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2003, 1, 7.

<sup>98</sup> Hushahn (Fn. 96), 229 ff.; Reuter, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2001, 27, 56; Rawert, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2003, 1, 9; für die Schweiz: Jakob ZSR 2013 II, 185, 272 ff.; Eitel, in: FS für Hans Michael Riemer 2007, 79 ff.

<sup>99</sup> Hüttemann ZHR 167 (2003), 35, 61; Oppel (Fn. 59), 77; Rawert, in: Hopt/Reuter (Hg.), Stiftungsrecht in Europa, 109, 117; ders., in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2003, 1, 8; insoweit zust. Muscheler (Fn. 88), 360; a.A. Burgard (Fn. 50), 138 ff.

<sup>100</sup> Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, 50; zust. Burgard (Fn. 50), 138 ff., 188 ff., 486 f.; ders. Die Stiftung 2009, 31, 40 ff.; v. Campenhausen/Richter/Hof (Fn. 62), § 7 Rn. 61 ff.; Schiffer ZSt 2003, 252, 253; Schwarz ZSt 2004, 101, 102 ff.; ohne Problembewusstsein OLG Koblenz NZG 2002, 135.

<sup>101</sup> Hüttemann ZHR 167 (2003), 35, 62.

das Ziel der Erhaltung und Weiterentwicklung des Unternehmens hat. Dafür soll es eine widerlegliche Vermutung geben, wenn die Stiftung rechtlich oder faktisch auf die Anlage ihres Vermögens in einem bestimmten Unternehmen festgelegt ist oder wenn zwischen den Stiftungsorganen und der Unternehmensführung eine institutionalisierte Personenidentität besteht.<sup>102</sup>

In Liechtenstein und Österreich sind die Grenzen trotz gleichlautenden Verbots der Selbstzweckstiftung aufgrund der Zulässigkeit der voraussetzungslosen Unterhaltsstiftung erheblich weiter, wenn die Unternehmensstiftung den externen Zweck der Ausschüttungen an die Familie hat. Und sogar der bloße Unternehmenserhalt soll ein außerhalb der Stiftung liegender Zweck sein.<sup>103</sup>

Richtig ist hingegen, dass das Zweck-Mittel-Verhältnis umgekehrt wird, wenn die Erhaltung und Weiterentwicklung des Unternehmens als Vermögen der Stiftung deren eigentlicher Zweck ist.<sup>104</sup> Wann geringste Mittelausschüttungen für gemeinnützige Zwecke aber nur als Feigenblatt für den eigentlich bezweckten Unternehmenserhalt dienen und damit zu einer Selbstzweckstiftung führen, ist praktisch kaum feststellbar.<sup>105</sup> So erhalten unternehmenstragende Stiftungen zugunsten der Eigenkapitalfinanzierung der Unternehmen häufig Renditen auf ihr Vermögen, die erheblich unter dem Durchschnitt am Kapitalmarkt liegen.<sup>106</sup> Stiftungsunternehmen schütten rund 90 % weniger ihrer erwirtschafteten Gewinne aus als DAX-Unternehmen in Publikums-hand, nämlich 3–4 % ihres Jahresgewinns gegenüber 30–40 %.<sup>107</sup> Auch das Steuerrecht zieht kaum Grenzen, da der BFH Thesaurierungen in dem von einer gemeinnützigen Stiftung gehaltenen Unternehmen im betriebswirtschaftlich sinnvollen Umfang als gemeinnützigkeitsrechtlich unbedenklich zulässt.<sup>108</sup> Angesichts der aktuell geringen Renditen auf Zinspapiere sowie der nur bedingt vergleichbaren Rahmenbedingungen für verschiedene Unterneh-

<sup>102</sup> Rawert, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2003, 1, 7 ff.; ähnlich auch *Mirbach*, Stiftungszweck und Gemeinwohlgefährdung, 2011, 245 ff., sowie *Hoffmann-Becking* ZHR 178 (2014), 491, 497.

<sup>103</sup> Zum Meinungsstand vgl. *Wohlgenannt* (Fn. 54), 49 ff., 52 ff., 85.

<sup>104</sup> MüKoBGB/*Weitemeyer* (Fn. 50), BGB § 80 Rn. 150.

<sup>105</sup> *Hüttemann* ZHR 167 (2003), 35, 61 m.w.N.; *Hushahn* (Fn. 95), 75 ff.

<sup>106</sup> Kritisch daher *Schlüter*, Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004, 307 mit Fn. 660; *Schauhoff* Die Stiftung, 2009, 121, 125.

<sup>107</sup> *Franke*, in: Achleitner/Block/Strachwitz (Hg.), Stiftungsunternehmen in Theorie und Praxis, im Erscheinen; *Franke/Draheim*, FAZ v. 28.8.2015, 18; *Draheim/Franke*, Foundation owned firms – a comparative study of stakeholder approaches, March 2017, p. 9, SSRN-id2940160.pdf; vgl. auch *Block/Hosseini*, in: *Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2016/2017, 13 ff.

<sup>108</sup> BFH BStBl. I 2002, 162; ebenso die Finanzverwaltung im AEAO zu § 55 Abs. 1 Nr. 1.

men und Branchen lassen sich aber bezifferbare Grenzen, anders als etwa in den USA, die für *private foundation* Zwangsausschüttungen von 5 % auf den aktuellen Verkehrswert des in Kapitalanlagen investierten Stiftungsvermögens vorsehen (sogenannte *payout rule*),<sup>109</sup> aus dem Verbot der Selbstzweckstiftung kaum ableiten. Aus Gründen des Schutzes privater Wettbewerber sind in den USA zudem Mehrheitsbeteiligungen von mehr als 20 % für *private foundation* verboten, die von Einzelpersonen errichtet worden sind (*private independent foundation*).<sup>110</sup> In China wird aus dem Grundsatz der Kapitalsicherheit abgeleitet, dass eine Stiftung nicht mehrheitlich an einem Unternehmen beteiligt sein darf, weil dies zu einem Klumpenrisiko führen würde.<sup>111</sup> In Frankreich war es Stiftungen bis zum Gesetz vom 2.8.2005 (sogenannte *Loi Dutreil*) nicht erlaubt, sich an Unternehmen zu beteiligen. Die hierdurch eingeführte Erlaubnis, die Stimmrechte im Unternehmen auszuüben, wurde damit begründet, man wolle wie in anderen Ländern die französischen Unternehmen vor feindlichen Übernahmen schützen.<sup>112</sup>

Mag man sich zu festen handhabbaren Grenzen für die Beteiligung von Stiftungen an Wirtschaftsunternehmen nicht durchringen, bleibt das rechtspolitische Bedenken, dass der unmittelbare Betrieb eines Unternehmens durch Stiftungen an die Unternehmensträgerschaft anknüpfende Normativbedingungen des Gesellschaftsrechts wie die Regeln zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie die Kontrolle der Unternehmensleitungen durch Mitglieder und Öffentlichkeit konterkariert.<sup>113</sup> Und obwohl die von Stiftungen als bloße Kapitalbeteiligung gehaltenen Stiftungsunternehmen selbst den Regeln des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts unterliegen, sind die Folgen der auf der Ebene der Stiftung ermöglichten Konzernierung (Unterneh-

<sup>109</sup> Brakman Reiser/Miller, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 40.

<sup>110</sup> Brakman Reiser/Miller, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 41.

<sup>111</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 5.

<sup>112</sup> Combes, in: Prele (Hg.), *Developments in Foundation Law in Europe*, 2014, 71, 83.

<sup>113</sup> BT-Drs. 12/6699, 116 zum UmwandlungsG zur Unzulässigkeit der Umwandlung in wirtschaftliche Stiftungen; Reuter, in: FS für Werner Merle 2010, 309, 318; ders. AcP 207 (2007), 1, 19 ff.; ders., in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2015/2016*, 15 ff.

mensmitbestimmung, Konzernrecht, Publizität) noch nicht ausreichend adressiert. Daher sollten Stiftungen als Unternehmensträger zumindest wie in den Niederlanden<sup>114</sup> und den skandinavischen Ländern<sup>115</sup> den gleichen Normativbedingungen wie Kapitalgesellschaften unterworfen werden.

### *c) Zulässigkeit von Zeit- und Verbrauchsstiftungen*

Nach Auffassung der Arbeitsgruppe ist eine Stiftung ihrem Regeltypus nach auf unbestimmte Zeit zu errichten, sie muss ihr Vermögen erhalten und darf ihre Zwecke nur mit den Vermögenserträgen oder anderen Zuwendungen erfüllen. Daher sollen zeitlich begrenzte Stiftungen allein in der Form der Verbrauchsstiftung zulässig sein:

#### *§ a Wesen der Stiftung*

*(2) Die Stiftung ist vom Stifter auf unbestimmte Zeit zu errichten. Abweichend von Satz 1 kann der Stifter eine Stiftung auch für einen bestimmten Zeitraum errichten, innerhalb dessen ihr Vermögen zur Erfüllung ihrer Zwecke zu verbrauchen ist (Verbrauchsstiftung).*

Die Zulässigkeit der reinen Zeitstiftung, die ihr Vermögen bis zum Ablauf der Zeit erhalten muss, sei bereits im Vorfeld der Stiftungsrechtsreform von 2002 von den Verbänden abgelehnt worden<sup>116</sup> und man erkenne auch kein Bedürfnis für diese Gestaltung. Problematisch sei es, wenn nicht gemeinnützige Stiftungen den Stifter selbst als Anfallberechtigten einsetzen, weil damit Stiftungen missbraucht werden könnten, um Vermögen zu verschleiern oder dem Zugriff von Gläubigern zu entziehen. Verbrauchsstiftungen hingegen kompensierten ihre mangelnde Nachhaltigkeit in Bezug auf die zeitliche Dauer durch eine besonders nachhaltige Verwendung des gesamten Stiftungsvermögens.<sup>117</sup>

Auf Seiten der Stifter nimmt das Bedürfnis nach Errichtung von Verbrauchsstiftungen wegen des konzentrierten Vermögenseinsatzes zu. Dem Konzept der Ewigkeitsstiftung stehen viele Stifter reserviert gegenüber. Populär geworden ist die Verbrauchsstiftung durch die Bill und Melinda Ga-

---

<sup>114</sup> Vgl. Zaman/van Steensel, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2016/2017, S. 13 ff.

<sup>115</sup> Vgl. zum dänischen Recht Hansen, in: Hopt/Reuter (Hg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, 287 ff. und zum schwedischen Recht Hemström, in: Hopt/Reuter (Hg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, 455 ff.

<sup>116</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 15 f.

<sup>117</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 17 f.

tes Stiftung, deren Stiftungsvermögen 50 Jahre nach dem Versterben des Stifterehepaars für die Stiftungszwecke eingesetzt worden sein soll.<sup>118</sup> Gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 BGB in der Fassung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013<sup>119</sup> ist die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks auch gesichert, wenn das Vermögen einer Stiftung zum Verbrauch während eines Zeitraums von mindestens zehn Jahren bestimmt ist, und nach § 81 Abs. 2 S. 2 BGB kann das Stiftungsvermögen zum Verbrauch bestimmt werden. Damit sollte die vorherige Unsicherheit über die Zulässigkeit von Zeit-, Zweck- und Verbrauchsstiftungen beseitigt werden.<sup>120</sup>

Bei dieser Rechtslage sollte es bleiben. Ein Verbot der reinen Zeitstiftung ist angesichts des grundsätzlichen Vorrangs der Privatautonomie des Stifters nicht notwendig.<sup>121</sup> Die Stiftung ermöglicht es dem Stifter, seine privatautonome Entscheidung in einer Weise zu perpetuieren, wie es keine andere Rechtsform oder rechtliche Gestaltung erlaubt.<sup>122</sup> Entscheidend ist aber nicht die ewige Zweckbindung, sondern die Beständigkeit des Zweckes während des Bestehens der Stiftung.<sup>123</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Stifter in Wahrnehmung seiner Gestaltungsfreiheit das „Angebot“ der Rechtsordnung auf Errichtung einer Ewigkeitsstiftung in vollem Umfang ausschöpfen muss, ebensowenig wie der Erblasser eine Dauertestamentsvollstreckung bis zur Maximaldauer von 30 Jahren anordnen muss oder Verträge zwar auf Lebenszeit geschlossen werden können, aber nicht müssen. Auch wenn Stiftungen im Normalfall ohne zeitliche Begrenzung errichtet werden, ist dies allein keine Begründung für die dahingehende Einschränkung der Privatautonomie bei Stiftungserrichtung. Nur ganz kurzfristige Vorhaben, die mit Schenkungen oder Sammelvermögen umsetzbar sind, sind auszuschließen, weil es hierfür der Inanspruchnahme staatlicher Mittel für die Errichtung einer juristischen Person nicht bedarf.<sup>124</sup> Darüber hinaus besteht durchaus ein Bedürfnis nach allein zeitlich begrenzten Stiftungsvorhaben, bei denen sich der Stifter darauf verlassen kann, dass der Stiftungszweck für die vorgesehene Dauer verlässlich

<sup>118</sup> *Beatty*, Gates Foundation Sets Its Lifespan, v. 1.1.2006, <http://www.wsj.com/articles/SB116493514082937519>, letzter Abruf am 5.9.2017.

<sup>119</sup> BGBl. 2013 I, 556.

<sup>120</sup> BT-Drucks. 17/12037, 9; ausführlich hierzu MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 49), § 80 Rn. 77 ff.

<sup>121</sup> So auch Bundesverband Deutscher Stiftungen, Stellungnahme zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder, npoR 2017, 115, 116.

<sup>122</sup> *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, 1899, 961.

<sup>123</sup> Vgl. BT-Drs. 14/8765, 8; BT-Drs. 14/8894, 10.

<sup>124</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 83; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50) § 81 Rn. 55 ff. m.w.N.; hierauf hinweisend BR-Drs. 663/1/12, 21, lit. C.



verfolgt wird. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe ist auch deshalb zu starr, weil er umgekehrt die Verbrauchsstiftung nur in Verbindung mit einer festen zeitlichen Begrenzung zulässt, was problematisch ist, wenn der Vermögensverbrauch aufgrund guter Ertragslage länger möglich ist als gedacht oder wenn das Vermögen nur bei Eintritt bestimmter Ereignisse, etwa einem Herabsinken unter einen bestimmten Wert, verbraucht werden soll.

Im Schrifttum wird vertreten, ebenso wie bei der zeitlich begrenzten Stiftung müsse auch bei der zweckbefristeten Stiftung auf Basis einer Prognose im Errichtungszeitpunkt davon auszugehen sein, dass die Verfolgung des befristeten Zweckes noch mindestens eine Dekade lang möglich sein wird.<sup>125</sup> Nach richtiger Auslegung hat aber § 80 Abs. 2 S. 2 BGB mit seiner Mindestzeitbestimmung für die zeitbefristete Verbrauchsstiftung<sup>126</sup> keine Fernwirkung in der Weise, dass eine Mindestdauer von zehn Jahren für alle Stiftungen, also auch für die durch ihren Zweck begrenzten Stiftungen erforderlich ist.<sup>127</sup> Es mag anerkennungswürdige Gründe geben, eine Stiftung trotz eines voraussichtlich innerhalb von zehn Jahren wegfallenden Stiftungszweck zu errichten, beispielsweise wenn betagte Eltern ihrem lebensbedrohlich erkrankten Kind eine Vermögenssicherung für teure medizinische Behandlungen zukommen lassen wollen und die Hoffnung besteht, dass das Kind die Eltern infolge von rasanter medizinischer Entwicklung doch länger überlebt. Hier kann weder eine feste Frist, innerhalb derer das Vermögen zu verbrauchen ist, angegeben werden noch wäre eine zweckbefristete Stiftung mit einer voraussichtlichen Mindestdauer sinnvoll. Positiv an dem Vorschlag ist lediglich zu bewerten, dass offenbar die starre Zehnjahres-Frist des § 80 Abs. 2 BGB entfallen soll.

Es sollten daher wie bisher alle Formen ewiger wie auch zeitlich oder zweckbefristeter Stiftungen mit und ohne Verbrauchsvariante erlaubt sein, wie es auch anderen liberalen Rechtsordnungen entspricht. Aufgrund der Stifterfreiheit bestehen in der Schweiz keine Zweifel daran, dass der Stifter die Stiftung bzw. deren Zwecke (oder Teilzwecke) mittels Regelung in der Stiftungsurkunde befristen oder bedingen und somit eine „Stiftung auf Zeit“ kreieren kann. Auch hier sind Verbrauchsstiftungen zunehmend „in Mode“.<sup>128</sup> In den USA hat man aufgrund der größeren Anerkennung der Stifterfreiheit gegenüber der Verbrauchsstiftung ebenfalls keine Bedenken, sodass ein zeitliches oder bedingtes Ende der Stiftung und/oder ein Verbrauch des Stiftungs-

---

<sup>125</sup> *Reuter* npoR 2013, 41, 46.

<sup>126</sup> Die richtigerweise auch nur als Richtschnur zu verstehen ist, vgl. MüKoBGB/*Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 83.

<sup>127</sup> MüKoBGB/*Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 83.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 86a ZGB.

vermögens (spend-down approach) angeordnet werden kann.<sup>129</sup> In Frankreich ist ein dahingehendes Bedürfnis insofern anerkannt worden, als die Stiftungsform der *Fondation d'entreprise* nur für eine beschränkte Zeit von mindestens fünf Jahren bestehen muss. Die Gefahr, dass sich bei nicht gemeinnützigen Stiftungen Stifter als Anfallberechtigte einsetzen und die Stiftung damit als Haftungsexklave missbrauchen, besteht nicht, da es sich in diesem Fall um eine unzulässige Stiftung für den Stifter handeln würde.<sup>130</sup>

## 2. Anerkennung der Stiftung

Die Arbeitsgruppe empfiehlt, den bisherigen § 80 Abs. 2 S. 1 BGB zur Anerkennung der Stiftung wie folgt zu fassen:

*(2) Die Stiftung ist als rechtsfähig anzuerkennen, wenn das Stiftungsgeschäft den Anforderungen des § 81 Absatz 1 genügt und die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint, es sei denn, es ist zu befürchten, dass die Stiftung das Gemeinwohl gefährden würde.*

### a) Konzessions- oder Registrierungsverfahren

Mit dem Vorschlag würde das geltende Anerkennungsverfahren in der Sache beibehalten werden. Der historische Gesetzgeber duldete die Stiftung nur, wenn ihre Errichtung und Tätigkeit durch die öffentliche Hand kontrollierbar war:<sup>131</sup> „Durch Anerkennung eines rein privaten Stiftungsgeschäfts, welches auf unabsehbare Zeiten ein Vermögen einem bestimmten Zwecke unterwerfe, werden die Befugnisse des Eigentümers weit über den normalen Gehalt hinaus verstärkt und erweitert.“<sup>132</sup> So durfte der Staat über die Genehmigung der privatrechtlichen Stiftung nach freiem, der gerichtlichen Überprüfung entzogenen Ermessen entscheiden, um dem gemeinen Wohl Rechnung zu tragen.<sup>133</sup> Unter der Geltung des Grundgesetzes dient die Beteiligung des Staates an der Errichtung der Stiftung nicht mehr dazu, aus staat-

<sup>129</sup> Brakman Reiser/Miller, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 36.

<sup>130</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 98.

<sup>131</sup> Richter, Rechtsfähige Stiftung, 102 ff.; 106 ff., Schulze, Deutsches Stiftungswesen 1977–1988, 29, 49 ff.; zu Aktiengesellschaften vgl. Weber, Gemeinnützige Aktiengesellschaft, 2014, 9 ff. m.w.N.

<sup>132</sup> Mugdan (Fn. 122), 961.

<sup>133</sup> OVG Lüneburg OVGE 22, 484, 485; Klässel 44. DJT II, G 77, 79; vgl. auch Staudinger/Coing (1980) BGB § 80 Rn. 17, 21.

licher Sicht sinnvolle Stiftungsvorhaben auszuwählen,<sup>134</sup> sodass das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.7.2002<sup>135</sup> in Anerkennung der Privatautonomie des Stifters die Voraussetzungen für das Entstehen einer rechtsfähigen Stiftung des privaten Rechts abschließend im BGB geregelt hat. Das frühere Konzessionssystem ist insofern beibehalten worden, als die Entstehung der rechtsfähigen Stiftung neben dem privatrechtlichen Stiftungsgeschäft die staatliche Anerkennung durch eine Behörde voraussetzt. Dem Stifter wird in § 80 Abs. 1 BGB aber ein Anspruch auf Anerkennung der Stiftung eingeräumt („ist“ als rechtsfähig anzuerkennen).

In historisch-vergleichender Betrachtung entwickelten sich die Stiftungsrechte weg von einer im behördlichen Ermessen stehenden Genehmigung des Stiftungsvorhabens im Konzessionsmodell hin zu einem gebundenen Anspruch auf Registrierung durch ein staatliches, unabhängiges Gericht im System der Normativbedingungen wie in den USA und in der Schweiz. Wo es noch reine Konzessionssysteme mit behördlichem Ermessen für die Errichtung einer Stiftung gibt, etwa in China oder Frankreich, sind Stiftungen eher Randerscheinungen in der Zivilgesellschaft.<sup>136</sup> Deutschland ist in einem Zwischenstadium verhaftet mit einem Anspruch auf „Anerkennung“, die aber von der Stiftungsbehörde erteilt wird. Die Forderung nach vollständiger Integration des Stiftungsrechts in das Privatrecht, nach der die Errichtung der Stiftung wie die Gründung eines Idealvereins durch die Eintragung in ein beim Amtsgericht geführtes Register mit negativer Publizität treten soll,<sup>137</sup> ist jedoch bislang ungehört geblieben, und auch die Arbeitsgruppe folgt dem nicht. Geltend gemacht wird, dass bei einer Übertragung des Anerkennungsverfahrens auf Registergerichte die Gefahr der Zersplitterung der Zuständigkeiten zwischen Genehmigungs- und Aufsichtsstelle bestehe.<sup>138</sup>

Dass Stiftungen nach ihrer Errichtung anders als Vereine und Gesellschaften der laufenden Aufsicht bedürfen, ist auch in modernen Rechtsordnungen international unbestritten. Die Stiftung ist auf die Verwirklichung eines Zwecks ausgerichtet, der außerhalb eigener Interessen des Stifters und der Mitglieder der

---

<sup>134</sup> *Weitemeyer*, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 201, 204.

<sup>135</sup> BGBl. 2002 I, 2634.

<sup>136</sup> Vgl. *Weitemeyer*, in: Jung (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens*. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 107, 117 ff.; sowie oben II.

<sup>137</sup> Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997; *Reuter*, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), *Non Profit Law Yearbook* 2001, 27, 42 f.; *Hüttemann* ZHR 167 (2003), 35, 43 f.

<sup>138</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 96.

Stiftungsorgane liegt. Die Stiftungsorgane entscheiden über fremdes Vermögen, ohne dass Inhaber oder Mitglieder hinter der Stiftung stehen. Aufbauend auf den Erkenntnissen der Principal-Agent-Theorie, dass die Trennung von Eigentum und Kontrolle in bestimmten Formen von Gesellschaften, etwa Publikumsgesellschaften, wegen der „rationalen Apathie“ der gering beteiligten Gesellschafter zu einer mangelhaften Führung führen kann,<sup>139</sup> wird für Stiftungen ein besonderes Kontrolldefizit festgestellt. Der Stiftung fehlen als juristische Person mit einem ihrem Zweck gewidmeten Vermögen Mitglieder oder Anteilseigner, die vermittels ihrer Mitgliederrechte eine Kontrolle über das Management ausüben können.<sup>140</sup> Dies gilt abgeschwächt selbst dann, wenn wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis, aber auch in Deutschland, Körperschaften als Stiftungsersatzformen verbreitet sind. Bei diesen üben die Mitglieder wegen des Non-Profit-Zwecks keine Eigentümerrechte aus, da diese aus gesellschaftsrechtlichen oder steuerrechtlichen Gründen ausgeschlossen oder stark beschnitten sind (*non-distribution constraint*).<sup>141</sup> Die fehlende Mitgliederkontrolle in Stiftungen wird durch die gemeinnützige Ausgestaltung folglich verstärkt. Eine stiftungsinterne Kontrolle allein reicht zum Ausgleich für fehlende Eigentümerrechte nicht aus.<sup>142</sup> Alle maßgeblichen Rechtsordnungen sehen daher eine behördliche Überwachung von Stiftungen vor.<sup>143</sup> In den US-Bundesstaaten unterstehen Charities gleich welcher Rechtsform der Aufsicht durch den jeweiligen Attorney General, wobei allerdings bemängelt wird, dass nur wenige Aufsichtsverfahren geführt werden, da die Behörden finanziell schlecht ausgestattet sind und ein Klagerecht für die interessierte Öffentlichkeit nicht vorgese-

<sup>139</sup> Vgl. *Berle/Mean*s, *The Modern Corporation and Private Property*, 1932, 66; umfassend *Hopt* ZHR 175 (2011), 444, 448 ff.

<sup>140</sup> *Jakob*, (Fn. 18), 103 ff., 361 ff., 405 ff.; *Koss*, in: *Hopt/v. Hippel/Walz* (Hg.), *Non-profit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, 197 ff.; *Lange*, AcP 214 (2014), 511 ff.; *v. Schnurbein*, in: *Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer* (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 1 ff.

<sup>141</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: *Jung* (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth*, 2017, 27, 32; *Fishman*, in: *Hopt/v. Hippel* (Hg.), *Comparative Corporate Governance of Non-Profit-Organisations*, 2010, 131 f.; rechtsvergleichend *v. Hippel* (Fn. 18), 15 ff.

<sup>142</sup> Ebenso *Hüttemann/Rawert*, ZIP 2002, 2019, 2021; *Pues/Scheerbarth*, *Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht*, 2. Aufl. 2004, 60; *Staudinger/Hüttemann/Rawert* (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 123 ff.; *Schulte* DÖV 1996, 497, 501; *Jakob* (Fn. 18), 95 f.; *Richter*, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, 368.

<sup>143</sup> *Weitemeyer*, in: *Jung* (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth*, 2017, 107, 127 ff.

hen ist.<sup>144</sup> Die strikte steuerliche Kontrolle durch den Internal Revenue Service auf Bundesebene und die umfangreichen Veröffentlichungspflichten übernehmen dort überwiegend die Funktion der Überwachung gemeinnütziger Organisationen.<sup>145</sup> In England und Wales hat die Charity Commission weitgehende Überwachungsbefugnisse und es bestehen erhebliche Transparenzpflichten.<sup>146</sup>

Die von der Arbeitsgruppe genannten Nachteile der getrennten Zuständigkeiten von Registergericht und Aufsichtsbehörde sind aus rechtsstaatlicher Sichtweise als Vorteil zu sehen, weil sich hierdurch ein System der innerstaatlichen Kontrolle etablieren könnte, wenn unabhängige Gerichte über die Eintragung entscheiden. So sollte sich Deutschland anderen Rechtsordnungen anschließen und von einem „unechten Konzessionssystem“ zu einem Normativsystem mit Registrierung der Stiftung in einem bei den Gerichten geführten Register und sofortiger Übernahme der Kontrolle durch die Stiftungsaufsichtsbehörden übergehen, wie es dem Schweizer Recht nach Art. 81 Abs. 2 i.V.m. 52 Abs. 1 ZGB entspricht.<sup>147</sup> Die Aufsichtsbehörde entscheidet dort nicht über die „Zulässigkeit“ einer Gestaltung, sondern kann lediglich nachträglich durch (repressive) Aufsichtsmaßnahmen die Stiftung zu gesetzeskonformem Verhalten veranlassen, wobei allerdings vorherige Mitteilungen (wie in Deutschland in Bezug auf die Gemeinnützigkeit zwischen Gericht und Behörde) üblich sind.<sup>148</sup> Zudem kann sie Klage erheben, wenn die Stif-

<sup>144</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 43 f.

<sup>145</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 44; ebenso aus US-amerikanisch/italienisch rechtsvergleichender Sicht *Rametta*, Regulation and the autonomy of foundations: a comparative analysis of the Italian and U.S. Patterns, Centro Ricerche sulla Cooperazione e sul Nonprofit, Workingpaper Nr. 13, 2013.

<sup>146</sup> *Dawes*, in: Hopt/v. Hippel (Hg.), Comparative Corporate Governance of Non-Profit-Organizations, 2010, 849; *Fries*, ebenda, 896.

<sup>147</sup> So *Jakob* npoR 2016, 7, 9; vgl. *ders.*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 47, 49; *Hüttemann* ZHR 167 (2003), 35, 40; *Reuter*, in: Kötz/Rawert/K. Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2001, 27, 40; tendenziell für eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auch *K. Schmidt*, in: v. Campenhausen/Kronke/Werner (Hg.), Stiftungen in Deutschland und Europa, 1998, 229, 240; krit. noch *MüKoBGB/Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 66.

<sup>148</sup> *Jakob*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fach-

tung zu Unrecht eingetragen worden ist.<sup>149</sup> Die USA kennen sogar das System freier Körperschaftsbildung, soweit die Rechtsform der *corporation* im Staat Delaware gewählt wird, das die liberalsten Regeln für Gesellschaften bietet. Im Übrigen erfolgt die Eintragung als Körperschaft bei den zuständigen Behörden, normalerweise dem Secretary of State, im Wege des Normativsystems.<sup>150</sup> Bei der Rechtswahl des *charitable trust* bedarf es nach einzelstaatlichem Trust Law lediglich der Übertragung von Vermögen auf einen Trustee ohne Registrierung.<sup>151</sup>

*b) Anforderungen hinsichtlich der Gemeinwohlgefährdung  
als Anerkenntnishindernis*

Mit der vorgeschlagenen Formulierung der fehlenden Gemeinwohlgefährdung als Anerkennungsvoraussetzung („es sei denn“) wird verdeutlicht, dass der Stifter nicht nur einen Anspruch auf Anerkennung seines Stiftungsvorhabens hat, sondern dass die Behörde das Vorliegen von Tatsachen beweisen muss, aus denen sich ergibt, dass die Stiftung das Gemeinwohl gefährdet.<sup>152</sup> Diese Änderung ist, auch im Vergleich mit dem Vereinsrecht<sup>153</sup> und anderen Rechtsordnungen, etwa Art. 52 Abs. 3 des schweizerischen ZGB, stimmig. Dort ist das Eintragungshindernis für juristische Personen („Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen.“) als dritter Absatz der Normativbedingungen formuliert.

Darüber hinaus soll von der bisherigen Formulierung in § 80 Abs. 2 S. 1 BGB insofern abgewichen werden, als aufgrund der Formulierung „die Stiftung“ nicht mehr allein der *Stiftungszweck* als Maßstab dafür dient, ob die beantragte Stiftung das Gemeinwohl gefährdet, sondern auch die zukünftige *Tätigkeit* der Stiftung oder sonstige Umstände. In § 87 Abs. 1 BGB werde

---

gruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 47, 49.

<sup>149</sup> Vgl. Schweizer Bundesgericht BGE 120 II 374 E. 4a.

<sup>150</sup> Hierzu *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 31 f.

<sup>151</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 43 f.

<sup>152</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 27.

<sup>153</sup> Vgl. *Reichert*, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 212 ff.

für die Aufhebung der Stiftung darauf abgestellt, ob die *Erfüllung* des Stiftungszwecks das Gemeinwohl gefährdet, und so sei es auch vor der Vereinheitlichung der Anerkennungsvoraussetzungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts in vielen Landesstiftungsgesetzen geregelt gewesen. Man verspricht sich hiervon eine verbesserte Eingangskontrolle, wenn der Stiftungszweck als solcher zwar unproblematisch ist, aber die bereits erkennbaren Bedingungen für die Verwirklichung des Zwecks dem Gemeinwohl widersprechen.<sup>154</sup> Hierzu zähle die geplante konkrete Tätigkeit ebenso wie andere Umstände, womit der berüchtigte Fall der Errichtung einer Stiftung zum Schutz kindlicher und jugendlicher Gewaltopfer durch einen verurteilten Kindermörder und die Übertragung von Vermögen zur Geldwäsche angesprochen werden.<sup>155</sup>

Die vorgeschlagene Änderung ist indes nicht notwendig, um einen ausreichenden Schutz vor gesetzeswidrigen Stiftungsvorhaben zu bieten, wie ein Vergleich mit dem Verein zeigt. Nach § 60 BGB kann die Anmeldung zum Vereinsregister zurückgewiesen werden, wenn die gesetzlichen Normativbestimmungen nach §§ 55 ff. BGB nicht eingehalten werden oder der Vereinszweck materiell gegen sonstige Gesetze verstößt.<sup>156</sup> Wie das OLG Oldenburg in einer Entscheidung über einen Raucherclub herausstellt, erlaubt der Schutz der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG eine Versagung der Eintragung nicht bereits, wenn Verstöße durch zukünftige Tätigkeiten der Mitglieder zu befürchten sind, der Satzungszweck als solcher aber nicht zu beanstanden ist.<sup>157</sup> In diesen Fällen ermöglicht es § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG, den Verein nachträglich zu verbieten, wenn der Zweck oder die *Tätigkeit* des Vereins gegen die Strafgesetze oder die verfassungsmäßige Ordnung verstößt; daneben steht nach § 395 FamFG die Amtslöschung zur Verfügung, wenn nachträglich Eintragungsvoraussetzungen entfallen sind.<sup>158</sup> Soweit sich die Arbeitsgruppe für das Stiftungsrecht auf die Entscheidungen zur geplanten Republikaner-Stiftung des OVG Münster und des Bundesverwaltungsgerichts bezieht,<sup>159</sup> wird der

<sup>154</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 26.

<sup>155</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 27.

<sup>156</sup> Brandenburgisches OLG NJW 2015, 1122, studentische Rechtsberatung als Verstoß gegen § 7 RDG.

<sup>157</sup> OLG Oldenburg NJW 2008, 2194; vgl. auch LG Hamburg NJW-RR 1991, 892 zu einem Vereinszweck Meeresangeln, bei dem Verstöße gegen das Tierschutzrecht möglich sind, aber noch nicht feststehen.

<sup>158</sup> Vgl. hierzu *Segna* nPoR 2017, 3 ff.

<sup>159</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 27 f. unter Bezug auf OVG Münster NVwZ 1996, 913 ff. und BVerwGE 106, 177 ff.

genannten Rechtsprechung zu Recht entgegengehalten, dass es bei der Stiftung zwar nicht die Vereinigungsfreiheit, aber die nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie verbietet, eine lediglich potentielle Gefährdung des Gemeinwohls durch zukünftige Tätigkeiten der Stiftung zu sanktionieren. Die Verweigerung der Genehmigung einer Stiftung setzt damit ebenso wie beim Verein voraus, dass der Stiftungszweck gegen Gesetze oder die guten Sitten verstößt.<sup>160</sup> Soweit das BVerwG meint, die Rechtslage sei anders als beim Verein, weil die Gefahr der Mitverantwortung der Stiftungsaufsichtsbehörde für die Verwirklichung eines verfassungsbeeinträchtigenden Stiftungszwecks bestehe,<sup>161</sup> trägt der Einwand nicht, da die Stiftungsaufsicht im Rahmen ihrer Rechtsaufsicht<sup>162</sup> eine Tätigkeit der Stiftung in Erfüllung des Stiftungszwecks zu unterbinden hat, wenn diese die Grenze der Rechtswidrigkeit überschreitet.<sup>163</sup>

Die Bedenken der Arbeitsgruppe gegen eine Beschränkung auf den Stiftungszweck sind allerdings insoweit nachvollziehbar, als häufig nicht deutlich ist, welche Satzungsbestandteile den Zweck der Stiftung und welche mögliche Tätigkeiten bezeichnen. Die Satzungen gemeinnütziger Stiftungen beruhen, zumal seit der Einführung einer verpflichtenden Mustersatzung nach § 60 Abs. 1 S. 2 AO seit dem 19.12.2006,<sup>164</sup> häufig auf der Übernahme gemeinnützigkeitsrechtlicher Vorgaben. In vielen Satzungen werden unter der allgemeinen Überschrift „Zweck“ neben den Stiftungszwecken im Sinne des § 52 Abs. 2 AO, etwa der Förderung der Wissenschaft oder der Kultur, die Art und Weise und die Mittel der Zweckverwirklichung näher bezeichnet, weil die Mustersatzung eine solche Zweiteilung vornimmt. Es wird vielfach aber nicht deutlich, ob es sich hierbei um den eigentlichen Stiftungszweck handelt oder nur mögliche Tätigkeiten und Modalitäten umschrieben werden. Im Verbandsrecht ist die Unterscheidung zwischen dem Verbandszweck, der nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nur einstimmig geändert werden darf, und dem Gegenstand des Unternehmens geläufig.<sup>165</sup> Übernimmt man diese Unterscheidung in das Stiftungsrecht, so ist der nach § 81 Abs. 1 S. 2 und S. 3 Nr. 3 BGB festzuschreibende Stiftungszweck von der Art und Weise der Zweckverwirklichung zu trennen.<sup>166</sup> Bei gewerblichen Unternehmen ist die Unterscheidung

<sup>160</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 111 ff. sowie Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50) § 80 Rn. 37 ff., 44 m.w.N. und Darstellung des Meinungsstands.

<sup>161</sup> BVerwGE 106, 177 Rn. 30.

<sup>162</sup> BT-Drs. 14/8894, 10.

<sup>163</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 112.

<sup>164</sup> So die Übergangsvorschrift Art. 20 Abs. 1 JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. 2006 I, 2878.

<sup>165</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 4 II 3, 65.

<sup>166</sup> Happ, Stifterwille und Zweckänderung, 2007, 12 m.w.N.



ohne den Einfluss der steuerlichen Mustersatzung klarer, da häufig nur der Verbandszweck (zB der Betrieb einer Hypothekenbank,<sup>167</sup> das Halten und Verwalten von Beteiligungen) festgelegt wird. Bei gemeinnützigen Idealvereinen stellen sich aufgrund der Vorgaben des Gemeinnützigkeitsrechts allerdings ähnliche Fragen wie bei der Stiftung. Der engere Zweck des Vereins im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB wird dabei *„als den den Charakter des Vereins festlegenden obersten Leitsatz der Vereinstätigkeit definiert, der für das Wesen der Rechtspersönlichkeit des Vereins maßgebend ist und der das Lebensgesetz des Vereins – seine große Linie – bildet, um derentwillen sich die Mitglieder zusammengeschlossen haben und mit dessen Abänderung schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen kann“*.<sup>168</sup> So hat das OLG Nürnberg die Änderung der Satzung eines Schützenvereins dahingehend, dass an Stelle der Ausübung des „Schieß- und Bogensports“ lediglich noch die Ausübung des „Bogensports“ Vereinszweck ist, nicht als Zweckänderung im Sinne des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB eingestuft.<sup>169</sup> Die Unterscheidung zwischen Stiftungszweck und Modalitäten seiner Verwirklichung dient – wie im Verbandsrecht dem Schutz der Privatautonomie der Verbandsmitglieder – dem Schutz des Stifterwillens, hat für die Anerkennungsfähigkeit der Stiftung oder die Eintragungsfähigkeit des Vereins aber keine Bedeutung. Vielmehr werden bei der Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen des Vereins auch diejenigen Tätigkeiten des Vereins mit einbezogen, die in der Satzung niedergelegt sind. So hat das LG Bonn im Unterschied zu der genannten Entscheidung des OLG Oldenburg, wo die konkreten Tätigkeiten nicht Satzungsbestandteil waren, die Eintragung eines Vereins, der ausweislich § 2 seiner Satzung als Ziel und Zweck des Vereins u.a. die Förderung und Hilfe seiner Mitglieder insbesondere bei der Vermittlung zwischen Gläubigern und Schuldern angibt, was als solches nicht zu beanstanden wäre, hierbei jedoch auch den „Einsatz von schwarzgekleideten Männern bei Schuldern“ vorsieht, verweigert.<sup>170</sup> Bezieht man dementsprechend die in der Stiftungssatzung festgelegte konkrete Art und Weise der Zweckverwirklichung in die Anerkennungsprüfung der Stiftung ein, bedarf es eines Bezugs auf voraussichtliche Tätigkeiten der Stiftung in § 80 BGB in vielen Fällen nicht mehr.

Verbleibende Anerkennungs Hindernisse werden ebenfalls bereits nach geltendem Recht erfasst. Ist der Zweck für sich genommen zulässig, aber das Stiftungsgeschäft nach § 134 oder § 138 BGB aufgrund der Gesamtumstände

---

<sup>167</sup> Beispiel nach BGH NJW 2013, 1958.

<sup>168</sup> OLG Nürnberg Rpfl. 2016, 159 Rn. 61 unter Berufung auf BGHZ 96, 245 und BayObLG München NJW-RR 2001, 1260.

<sup>169</sup> OLG Nürnberg Rpfl. 2016, 159.

<sup>170</sup> LG Bonn Rpfl. 1995, 302.

wie im Fall der Stiftungserrichtung durch den Kindermörder<sup>171</sup> unwirksam, kommt eine Annerkennung mangels eines wirksamen Stiftungsgeschäfts nicht in Betracht. Von der vorgeschlagenen Änderung ist daher abzusehen.

### *c) Anforderungen an das Stiftungsgeschäft*

Von Seiten des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen war vorgeschlagen worden, als Sollbestimmung weitere Satzungsbestandteile zur Art und Weise der Zweckverwirklichung, zum Vermögenserhalt, zur Vorstandsvergütung, zu den Grundsätzen der Vermögensverwaltung, zur Umwandlung in eine Verbrauchsstiftung und zu den Voraussetzungen der Zulegung und der Zusammenlegung von Stiftungen anzuordnen.<sup>172</sup> Andere Verbände und auch die Arbeitsgruppe werten dies als einen Eingriff in die Privatautonomie des Stifters. Zwingend seien vom Stifter nur die individuellen Festlegungen zu Zweck, Sitz, Name und Vermögen der Stiftung vorzugeben.<sup>173</sup>

Im Vergleich zu anderen Rechtsformen weist das Stiftungsrecht kaum dispositive Regelungen auf. Dispositives Gesetzesrecht dient der Vereinfachung der vertraglichen Ausgestaltung und Aushandlung für regeltypische Gestaltungen, von dem ausdrücklich abgewichen werden kann.<sup>174</sup> Die nur rudimentären gesetzlichen Vorgaben im Stiftungsrecht waren sinnvoll, solange die Aufsichtsbehörden im Rahmen des Genehmigungsverfahrens enge Vorgaben machten und die Kontrolle auf einer Fachaufsicht beruhte. Nach der Eingliederung der Stiftung als Rechtsform in das materielle Privatrecht ist es nun die Aufgabe des Stifters, Überlegungen anzustellen, an welchen Punkten er vom dispositiven Recht abweichen will. Diese Regelungstechnik ist gerade für die Stiftung sinnvoll, da deren Satzung nachträglich nur eingeschränkt geändert werden kann. Sie muss auf Anhieb „sitzen“. Und während bei der Gründung von Handelsgesellschaften kaufmännische Erfahrungen der Gründer eingefordert werden können, bei der Gründung einer GmbH die Beratungsfunktion einer notariellen Beurkundung für notwendig angesehen wird und für die vereinfachte Gründung der Unternehmergesellschaft in § 2 Abs. 1a GmbHG eine Mustersatzung vorgegeben wird, bedarf das Stiftungsgeschäft nach § 81 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich der Schriftform. Es liegt daher im Interesse des Schutzes der privatautonomen Vorstellungen des Stifters wie eines funktionierenden Stiftungswesens, zu den genannten Punkten Soll-Angaben des

---

<sup>171</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 81 Rn. 9; Staudinger/Hütemann/Rawert (Fn. 50), § 80 Rn. 44 m.w.N.

<sup>172</sup> Bundesverband Deutscher Stiftungen npoR 2017, 115.

<sup>173</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 20 f.

<sup>174</sup> Möslin, Dispositives Recht, 2011, 45 ff.

Stifters wie bei § 58 BGB für den Verein zu fordern. Eine Einschränkung der Privatautonomie des Stifters ist bei dispositiven Regelungen nicht zu befürchten, vielmehr fördern entsprechende Satzungs Vorgaben die Rechtssicherheit sowohl für Stifter als auch für Stiftungsorgane.

Auch eine Mehrheit von befragten Stiftungsorganen sprach sich für zwingende Aussagen zu Zustiftungen, zur Verbrauchsstiftung, zur Zu- und Zusammenlegung und zur Vergütung des Vorstands in der Stiftungssatzung aus.<sup>175</sup> Spätestens<sup>176</sup> seit dem Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013 ist über die Verweisung in § 86 BGB die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Vorstands als dispositive Vorgabe in § 27 Abs. 3 S. 2 BGB vorgesehen,<sup>177</sup> sodass bereits nach geltendem Recht jedenfalls eine Regelung über die Frage des Entgelts erforderlich ist, wenn ein solches gezahlt werden soll.

Die Arbeitsgruppe hat weiter diskutiert, ob insbesondere für Stiftungen, die nach den Landesstiftungsgesetzen nur einer eingeschränkten Aufsicht unterliegen (privatnützige Stiftungen), die Satzung ein weiteres Organ zur Kontrolle des Vorstands vorsehen muss. Sie hält ein Kontrollorgan für wünschenswert, lehnt eine dahingehende Verpflichtung aber aufgrund der schon jetzt bestehenden Schwierigkeiten, Organpositionen insbesondere mit Ehrenamtlern zu besetzen, und wegen Übergangsproblemen für bereits bestehende Stiftungen ab.<sup>178</sup>

Dass die Arbeitsgruppe die Gelegenheit nicht ergriffen hat, zur Verbesserung der Foundation Governance beizutragen, ist zu bedauern. Die gesetzlichen Regeln hierzu sind äußerst knapp, so besagt § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BGB lediglich, dass die Satzung die Bildung des Vorstands zu regeln hat. In der Praxis sehen nur wenige deutsche Stiftungen neben dem geschäftsleitenden Organ ein weiteres Aufsichtsgremium vor,<sup>179</sup> sodass in aller Regel dem Vorstand kein organisatorisches Gegengewicht gegenübersteht. Damit feh-

<sup>175</sup> Institut für Demoskopie Allensbach, Stiftungen bürgerlichen Rechts: aktuelle Handlungsspielräume und Positionen zur Reform des Stiftungsrechts. Ergebnisse einer repräsentativen Befragung 2016, 2016, 31.

<sup>176</sup> Zur umstrittenen Rechtslage vor der Gesetzesänderung vgl. MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 86 Rn. 6.

<sup>177</sup> Die Änderung trat nach Art. 12 Abs. 3 des Ehrenamtsstärkungsgesetzes erst zum 1.1.2015 in Kraft, um den Stiftungen und ihren Vorständen Gelegenheit zur Änderung der Stiftungssatzung zu geben, Begr. Zum RegE, BT-Drs. 17/11632 iVm 17/11316, 18.

<sup>178</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 22 f.

<sup>179</sup> KPMG, StiftungsStudie, Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis, 2010, 14 (Studie verfügbar unter [http://www.stiftungen.org/uploads/tx\\_ttproducts/datasheet/20100617\\_\\_BVDS\\_Studie\\_FuehrungSteuerungKontrolle\\_2010.pdf](http://www.stiftungen.org/uploads/tx_ttproducts/datasheet/20100617__BVDS_Studie_FuehrungSteuerungKontrolle_2010.pdf), zuletzt abgerufen am 8.8.2016).

len der Stiftung wichtige Voraussetzungen, um eine Gewaltenteilung zu etablieren, wie sie in Vereinen oder Aktiengesellschaften vorgesehen ist.<sup>180</sup> In der Schweiz besteht neben dem Stiftungsrat als Geschäftsleitungsorgan (Art. 83a ZGB) immerhin bei größeren Stiftungen die Revisionsstelle als zwingendes stiftungsinternes Kontrollorgan, Art. 83b ZGB.<sup>181</sup>

Historisch bildet die staatliche Stiftungsaufsicht das Gegengewicht zur fehlenden Kontrolle durch Mitglieder oder weitere Organe. Da die Wirkung von Genehmigung und Überwachung durch die Landesstiftungsbehörden jedoch durch die Einführung eines Anspruchs auf Anerkennung und die Beschränkung auf eine reine Rechtsaufsicht begrenzt worden ist, hat das strukturelle Kontrolldefizit der Stiftung gegenüber dem Rechtszustand bei Inkrafttreten des BGB zugenommen.<sup>182</sup> Nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen liberalen Stiftungsrechtsordnungen wird wegen des besonderen Kontrolldefizits für Stiftungen<sup>183</sup> die Diskussion über die Verbesserung der Corporate Governance im Unternehmensrecht auch auf das Stiftungs- und Non-Profit-Recht übertragen.<sup>184</sup> Ergänzende Regelungen zu einer Verbesserung der Governance von Stiftungen durch interne Kontrollorgane für Stiftungen ab einer bestimmten Größe, sei es als Soll-Vorschrift, sei es als zwingende Regelung, sind daher sinnvoll. Dies gilt umso mehr, als für Stiftungen in Deutschland (ebenso wie für Vereine) eine international verbreitete umfassende und verpflichtende Transparenz der Rechnungslegung fehlt.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> *Jakob* (Fn. 18), 103 ff., 361 ff., 405 ff. M.w.N.; *Steuber* DStR 2006, 1182, 1184.

<sup>181</sup> Einige deutsche Landesstiftungsgesetze sehen lediglich vor, dass die Behörde auf Kosten der Stiftung die Vermögensverhältnisse durch einen externen Dritten wie einen Wirtschaftsprüfer prüfen lassen kann, hierzu *Arndt* npoR 2010, 93 ff.

<sup>182</sup> Dazu *Weitemeyer*, in: Jung (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens*, Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 107, 127 ff., 137 f.

<sup>183</sup> S.o. III 2 a.

<sup>184</sup> Vgl. *Hopt*, in: Jung (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens*, Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 67, 82 ff. m.w.N.

<sup>185</sup> Vgl. nur die Sammelbände *Walz* (Hg.), *Rechnungslegung und Transparenz im Dritten Sektor*, 2004; *Hopt/v. Hippel/Walz* (Hg.), *Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft. Theorien – Analysen – Corporate Governance*, 2005 sowie *Selbig*, *Förderung und Finanzkontrolle gemeinnütziger Organisationen in Großbritannien und Deutschland*, 2006; *Siegel*, in: *Walz/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2006*, 2006, 177 ff.; *Ott*, in: *GS für Rainer Walz*, 2008, 225 f.; *Hüttemann*, in: *Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 2013, 81 ff. m.w.N.; *Weitemeyer/Vogt* NZG 2014, 12 ff.; *Weitemeyer/Krimmer/Kleinpeter/Vogt/v. Schönfeld*, *Transparenz im Dritten Sektor*, 2014.

Auch wenn damit ein besonderes Kontrolldefizit insbesondere für gemeinnützige Stiftungen festzustellen ist, ist es anachronistisch, dass die meisten Landesstiftungsgesetze die Stiftungsaufsicht über privatnützige Stiftungen, insbesondere über Familienstiftungen, nur in abgeschwächter Form oder wie in Bayern gar nicht vorsehen (Art. 10 Abs. 1 S. 1 BayStG).<sup>186</sup> Die letzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht hatte die Landesgesetzgeber ausdrücklich zu diesem Rückzug von der Aufsicht aufgefordert,<sup>187</sup> während der aktuelle Bericht zu Recht davon ausgeht, dass sich hierdurch ein Kontrollvakuum auftut. Bereits die Studienkommission des 44. Deutschen Juristentages hatte auf der zwingenden Stiftungsaufsicht für Familienstiftungen bestanden,<sup>188</sup> denn wenn eine wirksame Kontrolle durch vorsorgende Satzungsgestaltung und die Schaffung von Destinatärsrechten fehlt, bedarf es der öffentlich-rechtlichen Rechtskontrolle.<sup>189</sup> Die Rechtsaufsicht zum Schutz des Stifterwillens auch bei privatnützigen Stiftungen gehört zu den Kernaufgaben, denen sich der Staat nicht verweigern darf, da die Anerkennung nur dann einen Sinn ergibt, wenn auch sichergestellt ist, dass die Stiftung nach den im Anerkennungsverfahren zugrunde gelegten Lebensbedingungen lebt.<sup>190</sup> Allenfalls könnte die Staatsaufsicht bei privatnützigen Stiftungen durch ein Recht der Destinatäre auf gesetz- und satzungsmäßiges Handeln der Stiftungsorgane ersetzt werden, insbesondere da bei privatnützigen Stiftungen die Vorbehalte gegen eine Popularklage gegenstandslos sind.<sup>191</sup>

#### *d) Anforderungen an das Stiftungsvermögen*

Erwogen wird aufgrund der aktuellen Ertragssituation durch die historisch einmalige Niedrigzinsphase,<sup>192</sup> ob für Stiftungen ein Mindestvermögen gefordert werden soll. Die Arbeitsgruppe hält allerdings den geltenden Lebensfähigkeitsvorbehalt in § 80 Abs. 2 S. 1 BGB für ausreichend, um eine ausreichende Vermögensausstattung zu gewährleisten.<sup>193</sup> Reformbestrebungen zur Einführung eines objektiven Mindestkapitals haben sich bereits früher

<sup>186</sup> Vgl. dazu *Richter/Gollan*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Fn. 7), Rn. 30.34 ff.; *Seyfarth ZSt* 2008, 145 ff.

<sup>187</sup> Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, 59.

<sup>188</sup> Bericht der Studienkommission des 44. DJT, 1968, 47.

<sup>189</sup> *Richter/Gollan*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Fn. 7), Rn. 30.66 ff.

<sup>190</sup> OVG Saarbrücken v. 16.12.2010 – 1 A 168/10, Quelle Juris; *Hüttemann/Rawert ZIP* 2002, 2019, 2021; *Andrick ZSt* 2005, 187, 191; *Muscheler* (Fn. 88), 351.

<sup>191</sup> *MüKoBGB/Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 58.

<sup>192</sup> Vgl. *Weitemeyer/Wrede npoR* 2017, 91 ff.

<sup>193</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 23 f.

nicht durchsetzen können.<sup>194</sup> Die Einschätzungsprerogative, ob das Vermögen für den beabsichtigten Zweck ausreicht, liegt nach geltendem Recht beim Stifter, welche die Stiftungsaufsichtsbehörde nur bedingt nachprüfen darf.<sup>195</sup>

Die Unterkapitalisierung von Stiftungen ist tendenziell ein Problem liberaler Stiftungsrechtsordnungen. Wegen des ausdrücklich normierten Anspruchs auf Stiftungserrichtung entspricht es gängiger Verwaltungspraxis, mehr oder minder starre Beträge von vereinzelt bereits 25.000, meist von 50.000 bis 100.000 Euro als ausreichend anzusehen und zum Wohl der gemeinnützigen Zweckverfolgung im Allgemeinen einen eher großzügigen Maßstab anzulegen.<sup>196</sup> Bei dem inzwischen aufgegebenen Verordnungsvorschlag über eine Europäische Stiftung war im Interesse der osteuropäischen Mitgliedstaaten nur ein Mindestkapital von 25.000 Euro vorgesehen (Art. 7 FE-VO).<sup>197</sup> In der Schweiz wird ebenfalls lediglich eine angemessene Mittel-Zweck-Relation verlangt.<sup>198</sup> Die gängige Verwaltungspraxis liegt bei 50.000 CHF, teilweise werden auch Beträge von 10.000 bis 20.000 CHF als ausreichend angesehen,<sup>199</sup> was zu einer Vielzahl kleiner und Kleinststiftungen geführt hat. Länder mit geringerer Anerkennung der Privatautonomie des Stifters wie Frankreich oder China sehen demgegenüber erheblich höhere Mindestvermögensanforderungen vor. In China liegen diese gestaffelt zwischen acht Mio. RMB (rund eine Mio. Euro) und zwei Mio. RMB (rund 250.000 Euro), was verbreitet als zu hoch kritisiert wird.<sup>200</sup> In Frankreich besteht ein weitgehendes Ermessen der Genehmigungsbehörden, so geht der Conseil d'Etat teilweise von einem Mindestbetrag von 1,5 bis 2 Mio. Euro aus.<sup>201</sup>

Im Interesse der Privatautonomie sollte die bisherige Regelung jedoch nicht angetastet werden, wonach der Stifter lediglich verpflichtet ist, seine Stiftung entsprechend dem Stiftungszweck angemessen zu dotieren. Der Umgang mit unterkapitalisierten und notleidenden Stiftungen ist stattdessen durch die Re-

<sup>194</sup> Soergel/Neuhoff, 13. Aufl. 2000, Vor § 80 Rn. 104.

<sup>195</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 106.

<sup>196</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 80 Rn. 27 f.; Henssler/Strohn/Schlüter, 3. Aufl. 2016, BGB § 81 Rn. 14; Erman/Werner, BGB, 14. Aufl. 2014, § 80 Rn. 11.

<sup>197</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), COM (2012) 35 final, v. 8.2.2012.

<sup>198</sup> BGE 108 II 254, E. 3; BGE 99 II 246, E. 9a; BGE 96 II 273, E. 8d.

<sup>199</sup> Zum Konflikt zwischen Praktikabilität und Stifterfreiheit vgl. Grüninger, Basler Kommentar ZGB I, 5. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 7.

<sup>200</sup> Bu, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 11.

<sup>201</sup> Combes, in: Prele (ed.), Developments in Foundation Law in Europe, 2014, 71, 81.

gelingen zur Zusammenführung und Beendigung von Stiftungen zu verbessern.<sup>202</sup>

### 3. Name der Stiftung

Nach geltendem Recht weist die Stiftung, anders als der Verein, kein spezielles Namensrecht auf. Die Arbeitsgruppe schlägt daher einen verpflichtenden Namenszusatz vor:

#### *§ b Namenszusätze für Stiftungen*

*Mit der Anerkennung erhält der Name der Stiftung den Zusatz „anerkannte Stiftung“, der durch „aS“ abgekürzt werden kann. Ist die Stiftung eine Verbrauchsstiftung, lautet der Zusatz „anerkannte Verbrauchsstiftung“ und die Abkürzung „aVS“.*

Die gegenwärtige Rechtslage führe dazu, dass der Rechtsverkehr eine Stiftung bürgerlichen Rechts als solche nicht sicher erkennen könne. In Abgrenzung zu schon bestehenden Bezeichnungen für nichtrechtsfähige Stiftungen und solche in anderen Rechtsformen wird nicht die Bezeichnung «Stiftung» vorgeschlagen, sondern „anerkannte Stiftung“, abgekürzt „aS“.<sup>203</sup> Auch das Vorliegen einer Verbrauchsstiftung soll durch die Verwendung von „aVS“ gekennzeichnet werden. Zur Umsetzung sollen neu errichtete sowie bereits bestehende Stiftungen nach dem Vorbild von § 65 BGB automatisch den entsprechenden Namenszusatz erhalten.<sup>204</sup>

In der Tat ist ein gewisser Wildwuchs der Bezeichnungen festzustellen. In der Stiftungswirklichkeit ist der soziale Sachverhalt Stiftung als dauernde Zweckwidmung eines Vermögens unter Bindung an den Willen des Stifters nicht auf die Rechtsform der selbständigen Stiftung des BGB begrenzt.<sup>205</sup> Als Stiftungen werden auch sogenannte unselbständige, d.h. nicht rechtsfähige Stiftungen bezeichnet, die sich als schuldrechtliche Konstruktion zwischen einem Stifter und einem Stiftungsträger darstellen, der das Vermögen treuhänderisch hält.<sup>206</sup> Bekannte Stiftungen wie die Robert-Bosch-Stiftung

<sup>202</sup> Hierzu *Schauer*, Die Zusammenführung rechtsfähiger Stiftungen, 2017.

<sup>203</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 28 f.

<sup>204</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 29.

<sup>205</sup> Staudinger/*Hüttemann/Rawert* (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 291; *Riehmer*, Körperschaften als Stiftungsorganisationen: eine Untersuchung stiftungsartiger Körperschaften in Deutschland, England und den USA, 1993, 51.

<sup>206</sup> Für Wahlfreiheit zwischen Auftrags- oder Schenkungsrecht BGH NJW 2009,

und die Mahle-Stiftung sind als Stiftungs-GmbH, andere als Stiftung e.V. organisiert.<sup>207</sup> Vereinzelt firmiert auch die AG als Stiftung.<sup>208</sup> Namensrechtlich bestehen nach geltendem Recht keine Bedenken, einen Verein oder eine Kapitalgesellschaft mit stiftungsähnlicher Struktur als „Stiftung e.V.“ oder „Stiftung GmbH“ zu bezeichnen, solange durch den Rechtsformzusatz eine Irreführung des Rechtsverkehrs ausgeschlossen wird (§ 18 Abs. 2 HGB analog).<sup>209</sup> Während in diesen Fällen das Firmen- und Namensrecht für Transparenz sorgt, sind rechtsfähige und nichtrechtsfähige Stiftungen nicht unterscheidbar. Nur der Name rechtsfähiger Stiftungen als solcher ist nach der allgemeinen Vorschrift des § 12 BGB geschützt,<sup>210</sup> sodass beispielsweise eine rechtsfähige Stiftung von einer unselbständigen Stiftung verlangen kann, dass diese gegenüber der DENIC (Deutsches Network Information Center) auf eine Internetdomain mit dem Namen beider Stiftungen verzichtet, wenn die unselbständige Stiftung ein Namensrecht mangels Benutzung im Rechtsverkehr noch nicht erworben hat.<sup>211</sup>

Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird ein Rechtsformzusatz verbreitet als nicht erforderlich erachtet, da vor einer Stiftung mangels gewerblicher Tätigkeit nicht gewarnt werden müsse.<sup>212</sup> Diese Begründung würde aber auch auf den Verein zutreffen. Dort soll der Zusatz signalisieren, dass der Verein eingetragen und damit rechtsfähig ist.<sup>213</sup> Auch bei der Stiftung würde durch einen Namenszusatz für die rechtsfähige Stiftung des BGB die Abgrenzung zur nichtrechtsfähigen Stiftung verdeutlicht sowie durch ein flankierend zu schaffendes Stif-

---

1738; ebenso mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 199 ff.

<sup>207</sup> Umfassende Zusammenstellung der Stiftungs-Vereine und Stiftungs-GmbHs bei Riehm (Fn. 204), 217 ff.; Schlüter (Fn. 106), 67 ff.; repräsentative Beispiele für Stiftungs-GmbHs bei Römer, Die Eignung der GmbH als Rechtsform für Stiftungszwecke, Diss. Gießen 1991, S. 128 ff.

<sup>208</sup> Schlüter, in: Walz/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2006, 2006, 75, 87, Fn. 78 nennt als Beispiel die Margarethe-Ammann Stiftung AG in München; ausführlich Weber (Fn. 131).

<sup>209</sup> Zur Zulässigkeit des Firmenbestandteils „Stiftung“ bei einer Stiftungs-GmbH („Robert Bosch Stiftung gGmbH“) vgl. OLG Stuttgart NJW 1964, 1231; zur Zulässigkeit des Namensbestandteils „Stiftung“ bei einem Verein vgl. BayObLG NJW 1973, 249 sowie OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 176 ff. zur Heinrich-Böll-Stiftung.

<sup>210</sup> Schaller, Namensbildung und Namensschutz der anerkannten Stiftung, 2013, 222 ff.

<sup>211</sup> OLG Jena ZStV 2013, 192 mit Anm. Schaller; durch Beschl. des BGH v. 15.8.2013 – I ZR 213/12 rkr.

<sup>212</sup> Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, S. 38 f.; a.A. Schaller (Fn. 209), 133 ff.; Burgard (Fn. 50) 190, 201 f.

<sup>213</sup> Reichert (Fn. 153), Rn. 276.



tungsregister mit Publizitätswirkung<sup>214</sup> die Rechtssicherheit verbessert werden. Jedoch sollte die in vielen Varianten mögliche Verbrauchsstiftung namensrechtlich nicht besonders herausgestellt werden. Ist sie als solche anerkannt, handelt es sich um eine rechtsfähige Stiftung. Bestehen Bedenken wegen eines in der Verbrauchsphase geringen Stiftungskapitals, ist zu entgegenen, dass die Höhe des Stiftungskapitals auch bei rechtsfähigen Stiftungen nicht erkennbar ist und dieses, wie bereits erörtert, auch keine Mindesthöhe aufweisen muss.

#### 4. Sitz der Stiftung

##### a) Interlokale Sitzverlegung

Nach geltender Rechtslage bestimmt sich der Sitz der Stiftung nach der Satzung, § 81 Abs. 1 S. 3 BGB, wobei der Sitzungssitz maßgeblich für die Zuständigkeit der Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde ist. Den Sitz der tatsächlichen Verwaltung darf die Stiftung auch an einem anderen Ort nehmen, was in der Praxis durchaus gebräuchlich ist, beispielsweise wenn die Stiftung vom privaten Wohnsitz des Vorstands aus verwaltet wird. Die Arbeitsgruppe hält diese Regelung für sachgerecht. Es soll aber ein ausdrückliches Zustimmungserfordernis für die Verlegung des Sitzungssitzes als Satzungsänderung geschaffen werden:

*(3) Wenn durch die Satzungsänderung der Sitz der Stiftung in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde verlegt werden soll, bedarf die Genehmigung der Satzungsänderung der Zustimmung der Behörde, in deren Zuständigkeitsbereich der neue Sitz begründet werden soll.*

Eine Verlegung des Sitzungssitzes ist bislang allein eine Frage der Änderung der entsprechenden Satzungsklausel und unterliegt den für einfache Satzungsänderungen (im Gegensatz zur Zweckänderung) notwendigen Voraussetzungen. Die Sitzverlegung muss hiernach wegen der Änderung der Umstände erforderlich sein und es darf sich weder aus der Satzung noch aus anderen Umständen ergeben, dass der Stifter die Verlegung nicht gewollt hätte. Zudem besteht wie bei allen Satzungsänderungen das Genehmigungserfordernis durch die bislang zuständige Behörde. Ändert sich durch die Sitzverlegung die Zuständigkeit der Behörde innerhalb oder über die Landesgrenzen hinweg, fehlen Verfahrensvorschriften. Auch mag es erforderlich sein, die Satzung in weiteren Punkten an das andere Landesrecht anzupassen. Nach verbreiteter Praxis wird neben der Genehmigung durch die abgebende Behörde

---

<sup>214</sup> Vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 92 ff.

eine Bescheinigung der aufnehmenden Behörde gefordert, dass die Satzung mit dem dortigen Landesrecht konform ist.<sup>215</sup> Die Arbeitsgruppe möchte dieses Verfahren vereinfachen, indem die Stiftungsorgane nur die Genehmigung der bisher zuständigen Behörde einholen müssen, während die Zustimmung der aufnehmenden Behörde verwaltungsintern erfolgt.<sup>216</sup>

Die Sitzverlegung innerhalb Deutschlands zu vereinfachen, ist sicher sinnvoll. Allerdings werden wichtige Fragen weiterhin nicht adressiert. Die Freiheit des Stifters umfasst auch die freie Wahl des Satzungssitzes der Stiftung.<sup>217</sup> Sie setzt aber nach richtiger Ansicht voraus, dass der gewählte Sitz einen Bezug zur Stiftungstätigkeit hat, da ein freies „Forum Shopping“ die Existenz von Landesstiftungsrecht ad absurdum führt.<sup>218</sup> Bedenken begegnet auch die hM, dass die Stiftung mehrere Sitze haben kann,<sup>219</sup> denn die Stiftung kann schwerlich verschiedenen Landesstiftungsrechten unterliegen und in die Zuständigkeit mehrerer Stiftungsbehörden fallen.<sup>220</sup> Entsprechende ergänzende ausdrückliche Regelungen wären daher wünschenswert. Die materiellen Voraussetzungen für eine Sitzverlegung richten sich nach denen für Satzungsänderungen.<sup>221</sup>

#### *b) Internationale Sitzverlegung*

Der tatsächliche Verwaltungssitz soll ausdrücklich auf das Inland beschränkt werden:

#### *§ c Verwaltungssitz der Stiftung*

*Die Verwaltung der Stiftung ist an einem Ort im Inland zu führen.*

Die Arbeitsgruppe führt aus, dass die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes in das Ausland nach geltendem Recht zur Auflösung der Stiftung führe. Da dies aber zunehmend angezweifelt werde und die einschlägi-

<sup>215</sup> Vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 31.

<sup>216</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 31 f.

<sup>217</sup> BT-Drs. 14/8765, 10.

<sup>218</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 81 Rn. 26; ebenso Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 81 Rn. 42; Palandt/Ellenberger, Rn. 6; Mecking ZSt 2004, 199, 202; a.A. Erman/Werner (Fn. 196), § 81 Rn. 11. Hüttemann/Richter/Weitemeyer/Jakob, Rn. 6.9: nur Missbrauchskontrolle.

<sup>219</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 81 Rn. 43; Jakob in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Fn. 7), Rn. 6.12 ff.

<sup>220</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 81 Rn. 27; Mecking ZSt 2004, 199, 202.

<sup>221</sup> S.u. III. 5.b.

gen Regeln des Internationalen Stiftungsrechts schwer zugänglich seien, soll die Beschränkung auf das Inland deutlich gemacht werden. Dabei wird die Gefahr erkannt, dass die Regelung instrumentalisiert werden könnte, indem Stiftungsorgane den Verwaltungssitz verlegen, dies der Behörde anzeigen und damit die Auflösung der Stiftung erreichen, obwohl die Voraussetzungen hierfür nach § 87 BGB wegen Unmöglichkeit der Zweckerfüllung nicht gegeben sind. Zu denken sei daher an eine Regelung, wonach dies nicht zur automatischen Auflösung der Stiftung führe.<sup>222</sup>

Die apodiktische Behandlung des Internationalen Privatrechts der selbstständigen Stiftung durch die Arbeitsgruppe begegnet Bedenken. Nach der in Deutschland für das Internationale Gesellschaftsrechts traditionell geltenden Sitztheorie<sup>223</sup> bestimmt der Verwaltungssitz als tatsächlicher Tätigkeitsort der Stiftungsleitung und nicht der satzungsmäßige Gründungssitz das anzuwendende Sachrecht.<sup>224</sup> Zur Sitzverlegung kann es daher bei kleinen Stiftungen bereits durch eine Wohnsitzverlagerung des Vorstands in das Ausland kommen. Der Wegzug wird in der Tat von der herrschenden Doktrin mangels Inlandssitz als Auflösungsstatbestand des sachlichen Stiftungsrechts betrachtet.<sup>225</sup> Die Stiftungsaufsichtsbehörde hat den Rückzug der Stiftung anzuordnen oder diese, jedoch nur als letztes Mittel, mit Anfall des Stiftungsvermögens beim Berechtigten aufzulösen, weil der Stifterwille auf die Zweckverwirklichung mittels einer inländischen Stiftung gerichtet ist.<sup>226</sup> Hat der Stifter hingegen den Wegzug zugelassen, wird die Auslegung der Satzung in der Regel dazu führen, dass eine durch Statutenwechsel begründete Beendigung der Stiftung als Rechtsform deutschen Rechts nicht zum Vermögensanfall führen soll, sondern der Stifter ein Weiterleben als ausländische Rechtsform wünscht.<sup>227</sup> Diese Möglichkeit wäre mit der Neuregelung versperrt.

<sup>222</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 33 f.

<sup>223</sup> Nunmehr deutlich BGH ZIP 2016, 2060 ff.

<sup>224</sup> Ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 7.1.2008 zur Einführung der Gründungstheorie auf Gesellschaften, Vereine und Stiftungen wird nicht mehr verfolgt, einsehbar unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de).

<sup>225</sup> *Jakob*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hg.), *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 6.82; Richter/Wachter/Hoffmann, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, 2007, § 10 Rn. 22; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 421; a.A. *Mogck*, *Mobilität gemeinnütziger Stiftungen in Europa durch Wandlung*, 2017, 152 m.w.N.

<sup>226</sup> *Jakob*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hg.), *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 6.82; Richter/Wachter/Hoffmann (Fn. 224), § 10 Rn. 22; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 421.

<sup>227</sup> Ob das steuerprivilegierte Vermögen in das Ausland überführt werden kann oder das Prinzip der Vermögensbindung verletzt wird, ist eine Frage der Reichweite der

Nach einer verbreitet vertretenen Auffassung verbleibt es bei der Anwendung der Sitztheorie für Stiftungen selbst dann, anders als auf der Grundlage europäischer Niederlassungsfreiheit<sup>228</sup> für gewerbliche Kapitalgesellschaften, wenn die Stiftung einen Erwerbszweck verfolgt und deshalb den Schutz der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 Abs. 2 AEUV („als Gesellschaften gelten [...] die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.“) sowie der entsprechenden Vorschriften des EWR-Vertrags<sup>229</sup> genießt. Einen Erwerbszweck verfolgen Stiftungen mit Zweckbetrieben, da sie entgeltliche Leistungen erbringen oder auf sonstige Weise am gemeinsamen Markt teilnehmen,<sup>230</sup> sowie auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Stauffer* ebenso bereits, wenn sie durch Immobilienvermietung Vermögensverwaltung betreiben.<sup>231</sup> In Wegzugsfällen hat der EuGH obiter dictum in den Rs. *Cartesio*<sup>232</sup> und *Sevic*<sup>233</sup> festgestellt, dass der Statutenwechsel allein kein Auflösungsgrund sei, wenn der aufnehmende Staat den Zuzug als identitätswahrend zulässt.<sup>234</sup> Dies ist bei Staaten wie Großbritannien oder der Schweiz, die der Gründungstheorie folgen, der Fall. Behält die Stiftung danach ihre Rechtsfähigkeit, darf sie sich auch auf die Niederlassungsfreiheit berufen.<sup>235</sup> Eine Zwangsauflösung verstößt damit bei einem Wegzug in einen Gründungstheoriestaat gegen die europäische Niederlassungsfreiheit, sodass die vorgeschlagene Regelung, auch wenn die Behörde die Stiftung in einem

---

Kapitalverkehrsfreiheit, vgl. Richter/Wachter/*Schlüter*, Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, 2007, § 15 Rn. 65 ff.

<sup>228</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-212/97 (*Centros*), Slg. 1999, I-1459; EuGH, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919; EuGH, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10 155; EuGH, Rs. C-411/03 (*Sevic*), Slg. 2005, I-10 805; EuGH, Rs. C-378/10 (*VALE*), Slg. 2012, I-2012.

<sup>229</sup> Mit den Vertragsstaaten Liechtenstein, Norwegen und Island.

<sup>230</sup> BFHE 256, 66 m. zahlr. Nachw. auf die Lit.; v. Campenhausen/Richter/*Jakob*, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Auflage 2014, § 44 Rn. 35; Moser/Hill, in: Cutbill (Hg.), International Charitable Giving, Rn. 4 55 ff.

<sup>231</sup> EuGH, Rs. C-386/04 (*Stauffer*), Slg. 2006, I-8203; v. Campenhausen/Richter/*Jakob* (Fn. 229), § 44 Rn. 35; bestätigt durch BFHE 256, 66 m. zahlr. Nachw. auf die Lit.; zustimmend Mogck (Fn. 224), 302; kritisch Uhl/ZSt 2007, 147; Zimmer/Raab, in: Walz/Kötz/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2004, 2004, 105, 111 ff.

<sup>232</sup> EuGH, Rs. C-210/06 (*Cartesio*), Slg. 2008, I-9641.

<sup>233</sup> EuGH, Rs. C-411/03 (*Sevic*), Slg. 2005, I-10805.

<sup>234</sup> Enger noch EuGH, Rs. 81/87 (*Daily Mail*), Slg. 1988, I-5483; die Satzungssitzverlegung eines eV hiernach ablehnend OLG Zweibrücken NZG 2005, 1019, 1020; Literaturnachw. bei Uhl, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 2013, 189, 191 f. Fn. 6, 12.

<sup>235</sup> EuGH, Rs. C-314/06 (*National Grid Indus*), Slg. 2011, I-12273.

ersten Schritt zum erneuten Umzug in das Inland aufordern soll,<sup>236</sup> europarechtswidrig wäre.

Gegen die Anwendung der europarechtlich erzwungenen Gründungstheorie sprechen allerdings die Besonderheiten der Rechtsform der Stiftung,<sup>237</sup> da die wegen des rechtformtypischen Kontrolldefizits der Stiftung notwendige staatliche Aufsicht über die Grenze hinweg kaum durchführbar ist.<sup>238</sup> So müsste die deutsche Stiftungsaufsicht ausländische Stiftungen mit effektivem Verwaltungssitz im Inland überwachen, materiell aber ausländisches Stiftungsrecht anwenden. Denn unberührt von der Niederlassungsfreiheit bleibt die Möglichkeit, die aus einem Gründungstheoriestaat zugezogenen Stiftungen der (öffentlich-rechtlichen) Stiftungsaufsicht zu unterwerfen. Da die Stiftungsaufsicht sich auf Rechtsaufsicht beschränkt, ist ihr Maßstab grundsätzlich das Recht des maßgebenden Gründungstheoriestaates.<sup>239</sup> Umgekehrt hat die deutsche Stiftungsverwaltung wegen des im öffentlichen Recht geltenden Territorialitätsprinzips keine Aufsichtsbefugnisse über weggezogene Stiftungen im Ausland. Deren Aufsicht müssten die dortigen Behörden übernehmen, wiederum unter Anwendung deutschen materiellen Stiftungsrechts. Zudem gibt es für Stiftungen (bislang) keine inländische Registerpublizität, die die Anwendung des ausländischen Rechts bei einer zugezogenen Stiftung verdeutlicht.<sup>240</sup> Das besondere Kontrollbedürfnis über Stiftungen rechtfertigt daher eine Ausnahme vom Schutz der Niederlassungsfreiheit<sup>241</sup> und damit auch die vorgeschlagene Regelung. Der BGH hat die Fragestellung

<sup>236</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder v. 9.9.2016, 33 f.

<sup>237</sup> A.A. allerdings *Behrens*, in: GS für Rainer Walz, 2007, 13, 17 f.; *Geißler*, Die selbständige Stiftung im internationalen Privatrecht, 2010, 166 ff.; Richter/Wachter/Hoffmann (Fn. 224), § 10 Rn. 64 f.; *Leible*, FS für Olaf Werner, 2009, 256, 266 ff.; *Mogck* (Fn. 224), 154; *Naumann* zu *Grünberg* ZEV 2012, 569, 574 f.; *Spickhoff*, FS für Olaf Werner, 2009, 241, 246 ff.

<sup>238</sup> MünchHdb. GesR V/Jakob, 4. Auflage 2016, § 119 Rn. 9; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), Vorbemerkungen §§ 80 bis 88 Rn. 423; *Uhl*, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 2013, 189, 202 ff.

<sup>239</sup> *Uhl*, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 2013, 189, 206.

<sup>240</sup> MüKoBGB/Kindler, IntGesR, 5. Aufl., Rn. 751; ebenso MünchHdb. GesR V/Jakob (Fn. 237), § 119 Rn. 10 f.; v. Campenhausen/Richter/Jakob (Fn. 229), § 44 Rn. 41; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 80 Rn. 423.

<sup>241</sup> MüKoBGB/Kindler (Fn. 239), Rn. 751; MünchHdb. GesR V/Jakob (Fn. 237), § 119 Rn. 10 f.; v. Campenhausen/Richter/Jakob (Fn. 229), § 44 Rn. 41; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 423; *Uhl*, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 2013, 189, 207 f.; a.A. *Behrens*, in: GS für Rainer Walz, 2007, 18, 23 f., 31.

in einer jüngeren Entscheidung noch offenlassen können, weil die betreffende Stiftung ihren Gründungs- und Verwaltungssitz in Österreich nicht verlassen hatte und es lediglich um die völlig unstrittige Anerkennung einer im Ausland wirksam errichteten und auch weiterhin dort tätigen Stiftung als rechtsfähig im Inland ging.<sup>242</sup>

*5. Änderung der Stiftungssatzung einschließlich der Änderung der Stiftungszwecke*

Angeichts der potentiell ewigen Bindung der Stiftung an den Stifterwillen ist die Anpassung der Satzung an geänderte Umstände die anspruchsvollste Aufgabe im Stiftungsrecht.<sup>243</sup> Die Arbeitsgruppe schlägt über die bisherigen schmalen Vorschriften in § 85 BGB und § 87 BGB hinaus eine erweiterte bundesrechtliche Regelung vor:

*§ h Voraussetzungen für die Änderung der Satzung*

*(1) Der Vorstand der Stiftung oder die nach Landesrecht zuständige Behörde kann die Bestimmungen über den Zweck sowie andere Satzungsbestimmungen, die für die Stiftung prägend sind, ändern, wenn sich die Verhältnisse nach Errichtung der Stiftung wesentlich verändert haben und die Änderung der Satzung erforderlich ist, um die Stiftung an die geänderten Verhältnisse anzupassen. Die Bestimmungen über den Namen, den Sitz sowie über die Zusammensetzung und die Aufgaben der Organe sind regelmäßig als prägend für eine Stiftung anzusehen.*

*(2) Eine Satzungsänderung, durch die der Zweck der Stiftung ausgetauscht oder der bestehende Zweck erheblich beschränkt werden soll oder durch die das Vermögen der Stiftung, das erhalten werden muss, zum Verbrauch bestimmt werden soll, ist nur zulässig, wenn*

- 1. die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Zwecks unmöglich geworden ist oder der Zweck das Gemeinwohl gefährdet und*
- 2. die Satzungsänderung erforderlich ist, damit die Stiftung ihren unveränderten oder geänderten Zweck für eine angemessene Zeit wieder dauernd und nachhaltig erfüllen kann.*

*(3) Satzungsbestimmungen, die nicht unter Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 fallen, kann der Vorstand der Stiftung oder die nach Landesrecht zuständige Behörde ändern, damit die Stiftung ihren Zweck besser verfolgen kann.*

<sup>242</sup> BGH ZIP 2016, 2060 ff.

<sup>243</sup> Vgl. etwa den Tagungsband: Jakob/von Orelli (Hg.), Der Stifterwille: Ein Phänomen zwischen Vergangenheit, Gegenwart und Ewigkeit, Bern 2014.

(4) *In der Satzung kann der Stifter die Änderung der Satzung nach Absatz 1 oder 2 ganz oder teilweise ausschließen oder einem anderen Organ als dem Vorstand übertragen. Die Voraussetzungen für Satzungsänderungen durch den Vorstand oder ein anderes Organ der Stiftung kann der Stifter in der Satzung auch abweichend von Absatz 1 oder 2 erleichtern. Satzungsbestimmungen nach Satz 2 sind nur wirksam, wenn Inhalt und Umfang der möglichen Änderungen hinreichend bestimmt festgelegt werden.*

(5) *Bei einer Änderung der Satzung ist der ursprüngliche Wille des Stifters zu berücksichtigen.*

Angesichts der rudimentären bundesrechtlichen Regelungen und teils divergierenden landesrechtlichen Vorschriften wundert es nicht, dass die Arbeitsgruppe eine unterschiedliche Praxis der Landesbehörden im Hinblick auf Änderungsbefugnisse konstatiert und erhebliche Rechtsunsicherheit bemängelt. Umstritten ist insbesondere, ob der Stifter durch Satzungsklauseln die Stiftungsorgane zu weitreichenden, autonomen Entscheidungen wie in einem Personenverband ermächtigen darf.<sup>244</sup>

Die Errichtung einer Stiftung ist materiell-rechtlich Ausdruck der Privatautonomie des Stifters.<sup>245</sup> § 85 BGB behält die Verfassung der Stiftung dem Stiftungsgeschäft und damit der Entscheidung des Stifters vor, soweit diese nicht durch das Bundes- und das Landesstiftungsrecht festgelegt ist. Eine Privatautonomie der Stiftung selbst, vermittelt durch die freie Willensbildung ihrer Organe, wird demnach anders als bei Personenverbänden wie Verein oder Gesellschaft von der herrschenden Meinung nicht anerkannt.<sup>246</sup> Im Einzelnen wird zwischen der Änderung des Stiftungszwecks und sonstiger Satzungsbestandteile unterschieden. Diese Differenzierung zwischen dem Zweck als „Seele“ der Stiftung und den sonstigen satzungsmäßigen Festlegungen ergibt sich aus der funktionalen Unterordnung der gesamten Stiftungstätigkeit unter

<sup>244</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 57–60.

<sup>245</sup> Zur Reichweite der Privatautonomie des Stifters *Weitemeyer*, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 201 ff.; zur Privatautonomie allgemein *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 91 ff.

<sup>246</sup> *Jakob*, in: FS für Olaf Werner, 2009, 101; *Jeß*, *Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung*, 1991, 87 ff.; *Hoffmann*, *Zusammenlegung und Zulegung rechtsfähiger Stiftungen des bürgerlichen Rechts*, 2011; *Rawert*, in: Hopt/Reuter (Hg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, 109, 128 f.; *ders.*, in: FS für Hans-Joachim Priester, 2007, 647, 653; *Reuter NZG* 2004, 939; *ders.* AcP 207 (2007), 1, 12 f.; *Runte*, *Atypische Organisationsstrukturen bei Fondazione, Stiftung und Fondation*, 2012; *Wiesner*, *Korporative Strukturen bei der Stiftung bürgerlichen Rechts. Zu den Möglichkeiten und Grenzen von Satzungsänderungen durch Organbeschluss*, 2012; a.A. *Burgard* (Fn. 50), 357 f.

den vom Stifter vorgegebenen Stiftungszweck und ist auch aus § 87 Abs. 2 S. 2 BGB herauszulesen, der für die Satzungsänderungskompetenz der Stiftungsbehörden zwischen einer Umwandlung des Zwecks und einer Änderung der Verfassung unterscheidet.<sup>247</sup>

*a) Änderung des Stiftungszwecks und sonstiger wesentlicher Satzungsbestandteile*

Folgerichtig bejaht der Großteil der Literatur auf der Basis des geltenden Rechts die Zulässigkeit statuarischer Änderungsklauseln betreffend den Stiftungszweck nur in engen, wenn auch unterschiedlich definierten Grenzen, versagt dem Stifter also eine freie Ermächtigung zur Satzungsänderung.<sup>248</sup> Dies ist zutreffend, denn wenn die Anerkennung der Stiftung nach § 80 Abs. 2 BGB voraussetzt, dass die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint, dann ist damit die Unzulässigkeit einer freien Änderung des Stiftungszwecks vorausgesetzt.<sup>249</sup> Praktikabel und weitgehend akzeptiert ist es, eine statuarische Zweckänderungsklausel dann als wirksam anzuerkennen, wenn der Stifter konkrete und objektive Vorgaben zu den Tatbestandsvoraussetzungen und der Weise der Satzungsänderung gemacht hat. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass an die Stelle des ursprünglichen Stifterwillens nicht der Wille Dritter tritt.<sup>250</sup>

Das Landesrecht lässt in unterschiedlichen Gestaltungen Satzungsänderungen zu. So erlaubt § 7 Abs. 1 StiftG HH eine Satzungsänderung durch die zuständigen Stiftungsorgane, soweit die Satzung dies nicht ausschließt und hierfür ein sachlicher Grund besteht, insbesondere die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse sich nachhaltig geändert haben und der tatsächliche oder mutmaßliche Wille des Stifters nicht entgegensteht. Der Beschluss der Stiftungsorgane ist durch die Stiftungsbehörde zu genehmigen, § 7 Abs. 3 StiftG HH.<sup>251</sup> Vom Wortlaut her reicht nach dem Hamburger Recht sowie anderen Landesstiftungsgesetzen bereits ein sachlicher Grund für eine Satzungsänderung aus, ohne dass die Schwelle einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse erreicht ist. Jedoch greift insofern die engere Schranke des Bun-

<sup>247</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 85 Rn. 17.

<sup>248</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 85 Rn. 11 ff.; Happ (Fn. 166), 104 ff.; a.A. unter anderem Schlüter (Fn. 106), 337 f.

<sup>249</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 85 Rn. 2.

<sup>250</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 85 Rn. 14; Wiesner (Fn. 245), 80 m.w.N.

<sup>251</sup> Zu den unterschiedlichen Regelungen vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 58 f.



desrechts. Hierzu wird zwar teilweise vertreten, § 85 BGB lasse mit seinem Vorbehalt für landesrechtliche Regelungen weitergehende freie Änderungsmöglichkeiten durch die Organe zu,<sup>252</sup> zum Teil werden Zweckänderungen auch unter Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage<sup>253</sup> gerechtfertigt. Diese Auffassungen sind jedoch abzulehnen, denn aus den Materialien, der Systematik und dem Telos des Stiftungsrechts ergibt sich, dass § 87 BGB eine abschließende Regelung des Bundesrechts ist, die anderslautendes Landesrecht im Hinblick auf Zweckänderungen und andere Grundlagenentscheidungen verdrängt,<sup>254</sup> und die Anpassung eines Vertrags nach § 313 BGB setzt voraus, dass der Vertragszweck aufrechterhalten bleibt. Ist das nicht möglich, dann tritt an die Stelle der Anpassung das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht der benachteiligten Vertragspartei.<sup>255</sup> Soweit die Landesstiftungsgesetze<sup>256</sup> bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse nicht nur die konkrete Ermächtigung der Organe zur Zweckänderung durch das Stiftungsgeschäft zulassen, sondern die Stiftungsorgane unmittelbar zur Zweckänderung ermächtigen, kann ihnen wegen des Vorrangs des Bundesrechts nach Art. 31 GG keine Bedeutung zukommen.<sup>257</sup>

Der Konflikt zwischen Bundes- und Landesrecht bleibt aber bestehen, denn die Landesbehörden sind solange an das Landesrecht gebunden, bis festgestellt wurde, dass es gegen Bundesrecht verstößt. Diese Feststellungs- und Verwerfungskompetenz liegt für nachkonstitutionelles Recht beim Bundesverfassungsgericht, an das sich die Behörden nicht direkt wenden können. Sie können allenfalls anregen, dass der Landesgesetzgeber die Vorschrift ändert bzw. eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG anstrengt oder müssen abwarten, bis ein Bürger gegen die Anwendung einer

<sup>252</sup> So *Happ* (Fn. 166), 112, 114; *S. Hahn*, Die organschaftliche Änderung der Stiftungssatzung nach der Reform der Landesstiftungsgesetze, 2010, 142 f., 146; *Fritsche* ZSt 2009, 21, 33; *von Hippel*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hg.), Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 23.27 ff.

<sup>253</sup> So *Andrick*, in: Andrick/Hellmig/Janitzki/Muscheler/Schewe (Hg.), Die Stiftung, 2010, 21, 36; *Fritsche* ZSt 2009, 21, 31 ff.

<sup>254</sup> *Becker*, in: Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2010/2011, 2011, 31, 41; *Staudinger/Hüttemann/Rawert* (Fn. 50), § 85 Rn. 28; *MüKoBGB/Weitemeyer* (Fn. 50), § 85 Rn. 4 ff. m.w.N.; *Weitemeyer*, in: Bumke/Röthel (Hg.), Autonomie im Recht, 2017, 201, 208 ff.

<sup>255</sup> *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage 2016, § 38 Rn. 35.

<sup>256</sup> Vgl. *Happ* (Fn. 166), 136.

<sup>257</sup> *Staudinger/Hüttemann/Rawert* (Fn. 50), § 85 Rn. 28 f., die wegen eines Vorrangs des Bundesrechts auch bei einfachen Satzungsänderungen nur für aufsichtsrechtliche Genehmigungsvorbehalte Raum für landesrechtliche Regelungen sehen.

solchen Norm klagt.<sup>258</sup> Wenn die landesrechtlichen Voraussetzungen für die Satzungsänderung aber (bundesrechtswidrig) zu großzügig sind, werden betroffene Stiftungsorgane den Rechtsweg gar nicht beschreiten. Es ist daher überfällig, diesen unhaltbaren Zustand durch einheitliche bundesrechtliche Regelungen zu beseitigen.<sup>259</sup>

Die Arbeitsgruppe schlägt mit Abs. 4 der Regelung vor, Satzungsänderungen auf Grundlage von Änderungsklauseln in der Stiftungssatzung zu ermöglichen, da dies bereits der geltenden Gesetzeslage in den Ländern entspreche. Der Stifter soll nach der vorgeschlagenen Regelung weiterhin Änderungsbefugnisse in der Satzung erschweren, aber auch erleichtern können. Entsprechend der bislang herrschenden Meinung will die Arbeitsgruppe solche Ermächtigungen in der Weise beschränken, dass der Stifter Inhalt und Umfang der Änderungsmöglichkeiten hinreichend bestimmt hat, so dass er und nicht die Organe den Willen der Stiftung bilden.<sup>260</sup> Damit ist die Frage aufgeworfen, ob der Gesetzgeber weiteren Raum schaffen soll für die Einführung eines freien Zweck- und Satzungsänderungsrechts in der Satzung, wie es unter Verweis auf ausländische Vorbilder gefordert wird.<sup>261</sup> Wie *Andreas Richter*<sup>262</sup> herausgearbeitet hat, beruht die lockere Bindung an den historischen Stifterwillen bei der US-amerikanischen *private foundation* in der Rechtsform der *charitable corporation* darauf, dass sich diese aus der körperschaftlichen Struktur der *corporation* entwickelt hat. Bei der alternativen Stiftungsrechtsform des *charitable trust* ist der *trustee* hingegen eng an den Willen des «Stifters» (*settlor*) gebunden und darf nach der *cy pres*-Doktrin<sup>263</sup> nur dann den Zweck ändern, wenn dieser rechtlich verboten, tatsächlich unmöglich oder äußerst unpraktikabel geworden ist. Auch bloße Organisationsänderungen bedürfen gerichtlicher Genehmigung.<sup>264</sup> Bei der Wahl der *charitable corporation* bestehen weitergehende Änderungsbefugnisse, in einigen Staaten ist eine Zweidrittel-Mehrheit im Geschäftsleitungsorgan vorgesehen, im Staat New York ist eine Genehmigung des Attorney General und u.U. ergänzende

<sup>258</sup> Ausführlich *Schauer* (Fn. 202), 141 ff., 145.

<sup>259</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 57–61.

<sup>260</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 65.

<sup>261</sup> *Von Hippel* (Fn. 19), 451 ff.; *Schlüter* (Fn. 106), 337 f.

<sup>262</sup> *Richter* (Fn. 131), 119 ff., 133 ff., 164 ff., 174 ff., 218 ff.

<sup>263</sup> Zur Entwicklung der Regel in den USA vgl. *Richter* (Fn. 131), 127, 147, 154, 158 f., 177 f., 204, 222, 260, 305, 333.

<sup>264</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 35.

gerichtliche Kontrolle erforderlich, während einige Staaten auch hier die *cy pres*-Doktrin anwenden.<sup>265</sup> Damit kann das US-amerikanische Stiftungsrecht nicht zum Vorbild für eine Öffnung der Stiftung für köperschaftliche Strukturen genommen werden. Vielmehr ermöglichen hierzulande die Stiftungs-GmbH, der Stiftungs-Verein oder die unselbständige Stiftung eine Annäherung an den Personenverband, während die rechtsfähige Stiftung eher dem *charitable trust* ähnelt und ebenso wie dieser als änderungsresistente Rechtsform weiterhin zur Verfügung stehen sollte. Der Stifter muss daher im Stiftungsgeschäft die Voraussetzungen und den Inhalt einer Zweckänderung in ausreichend bestimmter Art und Weise regeln, darf aber nicht die Stiftungsorgane zur Zweckänderung nach deren freien Ermessen und damit nicht andere zur privatautonomen Entscheidung an seiner Stelle ermächtigen.<sup>266</sup>

An der durch das geltende Recht vorgegebenen engen Änderungsbefugnis für Stiftungsorgane und Behörden auf gesetzlicher Grundlage ohne weitergehende Satzungsermächtigung will die Arbeitsgruppe aus guten Gründen festhalten. Richtig stellt sie fest, dass Zweckerweiterungen auf Grundlage des § 87 BGB derzeit nicht möglich sind, denn die Vorschrift lässt nur eine Änderung des Zwecks zu, wenn dieser unmöglich geworden ist, nicht aber ein Beibehalten des alten und die Aufnahme eines neuen Zwecks. Ebenfalls unzulässig ist es nach geltendem Bundesrecht, bei einem Verlust eines Teils des Stiftungskapitals eine Zweckbeschränkung herbeizuführen, während dies auf der Grundlage der Ländergesetze, die eine Zweckänderung bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse erlauben, möglich ist. Diese Möglichkeit soll numehr auch auf Basis des Bundesrechts durch Abs. 1 des Vorschlags geschaffen werden.<sup>267</sup>

Die Arbeitsgruppe rekurriert u.a. auf den verbreiteten Fall der Zustiftung, mit der eine Zweckerweiterung ermöglicht werden soll, wie es am Beispiel der Wallraff-Stiftung diskutiert worden ist. Der Journalist *Günter Wallraff* hatte im Jahr 1987 eine Stiftung zur Förderung von Nachbarschaftsprojek-

<sup>265</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), *Stärkung des Stiftungswesens*. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 35.

<sup>266</sup> *Rawert*, in: *Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 2013, 51 ff.; *ders.*, in: *Jakob/von Orelli* (Hg.), *Der Stifterwille*, 2014, 103 ff.; *Staudinger/Hüttemann/Rawert* (Fn. 50), § 87 Rn. 17; *Werner/Saenger/Nissel*, *Die Stiftung*, Rn. 235; *Jakob* (Fn. 19), 204 ff.; *Muscheler* (Fn. 88), 293, 299 ff. unter analoger Anwendung des § 2065 Abs. 2; *Reuter NZG* 2004, 939, 942 ff.; *Happ* (Fn. 166), 104 ff.; *P. Hahn*, *Die Stiftungssatzung*, 2010, 130 ff.; *Jeß*, *Das Verhältnis des lebenden Stifters zur Stiftung*, 90 f.; *Fritsche ZSt* 2009, 21, 25; *Wiesner* (Fn. 245), 37 ff., 61 ff.

<sup>267</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 63 f.

ten errichtet. 2009 wollte der Stifter zusätzlich Stipendien für investigativ arbeitende Journalisten vergeben und diese aus der Nachbarschafts-Stiftung finanzieren, deren Zweck nach einer Zustiftung erweitert werden sollte.<sup>268</sup> Nach dem geltenden Erstarrungsprinzip wäre eine solche Erweiterung des Stiftungszwecks auch durch den Stifter selbst nur erlaubt, wenn eine derartige Zweckerweiterung in der Stiftungssatzung in ganz bestimmter Art und Weise vorgegeben war (woran es in der Regel jedoch fehlt) und die Stiftungsorgane diese Änderung lediglich vollziehen.<sup>269</sup> Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse kann in dem Angebot einer Zustiftung schwerlich gesehen werden, denn wenn die Änderung der Umstände in dieser Weise willentlich herbeigeführt werden könnte, wäre es möglich, die Stiftung zum Spielball vermögender Zustifter zu machen. Diesem Änderungsbedürfnis ist vielmehr mit der Einführung eines genuinen Stifterrechts Rechnung zu tragen.<sup>270</sup> Von Abs. 1 des Vorschlags ist diese Gestaltung nicht erfasst.

Vielmehr dürfte es sich um eine Zweckänderung handeln, die das Wesen der Stiftung in der Weise ändert, dass hinterher von einer anderen Stiftung auszugehen wäre. Hierfür nennt Abs. 2 des Vorschlags die (weiteren) Fälle des Austauschs oder der erheblichen Beschränkung des Zwecks und der Umwandlung in eine Verbrauchsstiftung, die weiterhin nur auf der Grundlage einer dem heutigen § 87 BGB entsprechenden Vorschrift möglich sein sollen, d.h. bei Unmöglichkeit der Zweckerfüllung. Hinzugefügt wurde lediglich die Ergänzung, dass es auf die nachhaltige Zweckerfüllung ankommt, um insbesondere die erleichterte Beendigung von finanzschwachen Kleinststiftungen zu erleichtern.<sup>271</sup> Der Beibehaltung der strengen Voraussetzungen für derartige einschneidende Zweckänderungen ist zuzustimmen, soll die Rechtsform der Stiftung nicht zur Disposition späterer Generationen und ihrer gegenüber dem Stifter potentiell gegenläufigen Interessen gestellt werden. Dass selbst die strenge Vorschrift des § 87 BGB keinen sicheren Schutz gegenüber Auflösungsinteressen Dritter bietet, zeigt sich am Beispiel der Zeppelin Stiftung. Sie wurde im Jahr 1947 durch die provisorische Landesregierung in Württemberg im Einvernehmen mit der französischen Besatzungsmacht und der anfallsberechtigten Stadt Friedrichhafen wegen der – tatsächlich nur vorübergehenden – Unmöglichkeit der Erfüllung der Zwecke der Luftfahrt und

<sup>268</sup> Landtag Nordrhein-Westfalen – 7 – APr 16/29, Hauptausschuss 06.09.2012, 3. Sitzung (öffentlich) Roe.

<sup>269</sup> Kritisch gegenüber dieser Praxis auch *Schauhoff* npoR 2016, 1, 3; *Fleisch* Stiftung und Sponsoring 4/2015, 36.

<sup>270</sup> S.o. III.6.a.

<sup>271</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 46 ff., 67 ff.; hierzu bereits umfassend *Schauer* (Fn. 202).

Luftfahrtforschung nach dem Zweiten Weltkrieg aufgehoben und das Stiftungsvermögen, u.a. die Aktien der Firma ZF Friedrichshafen, auf die Stadt übertragen. In derartigen Fällen ist eine ausdrückliche Befugnis zur Modifizierung des Zwecks (im Beispielsfall in Form einer Anpassung an das bis 1951 geltende Besatzungsrecht, das Grundlagenforschung erlaubt hatte<sup>272</sup>) auf der Grundlage von § 87 BGB und des dies ausdrücklich zulassenden Reformvorschlags, eine gemessen am Stifterwillen sinnvollere Lösung als die Aufhebung.

### *b) Sonstige Satzungsänderungen*

Die Änderung sonstiger Satzungsbestandteile soll nach Vorschlag der Arbeitsgruppe wie bisher auf der Grundlage der meisten Landesgesetze mit folgender Formulierung möglich sein:<sup>273</sup> *„Satzungsbestimmungen, die nicht unter Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 [dies sind die Zweckänderungen und die Änderung prägender Satzungsbestandteile wie Namen, Sitz, Zusammensetzung und Aufgaben der Organe] fallen, kann der Vorstand der Stiftung oder die nach Landesrecht zuständige Behörde ändern, damit die Stiftung ihren Zweck besser verfolgen kann“*. Im Zusammenhang mit Abs. 5 *„Bei einer Änderung der Satzung ist der ursprüngliche Wille des Stifters zu berücksichtigen.“* soll gewährleistet werden, dass auch insofern der Stifter die wesentlichen Vorgaben macht.<sup>274</sup>

Die aktuelle Vorschrift des § 85 BGB legt für einfache Satzungsänderungen lediglich fest, dass die Verfassung einer Stiftung, soweit sie nicht auf Bundes- oder Landesgesetz beruht, durch das Stiftungsgeschäft bestimmt wird, ohne weitere tatbestandliche Voraussetzungen oder Rahmenbedingungen für die Art und Weise einer Satzungsänderung vorzugeben. So wurden unterschiedliche Ansätze herausgearbeitet, dem diesbezüglichen Fehlen von Tatbestandsvoraussetzungen zu begegnen. Einige Autoren greifen bei einfachen Satzungsänderungen auf § 313 BGB analog zurück,<sup>275</sup> andere wollen anhand des Auftragsrechts prüfen, ob nach § 665 S. 1 BGB eine Abweichung des Geschäftsführers von den Weisungen seines Geschäftsherrn zulässig ist.<sup>276</sup> Dabei sind die Kompetenzen von Stiftungsorganen zur Abänderung einfacher Satzungsbestimmungen mit Rücksicht auf das Primat des Stifterwillens grund-

<sup>272</sup> Vgl. zu dem Fall *Weitemeyer*, im Interview „Fall kann Rechtsgeschichte schreiben“, in: *Südkurier* Nr. 245 v. 23.10.2015, 21.

<sup>273</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 64.

<sup>274</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 64.

<sup>275</sup> *MüKoBGB/Reuter* (Fn. 45), § 85 Rn. 5.

<sup>276</sup> *Burgard* (Fn. 50), 358.

sätzlich eng auszulegen. Der Stiftungsvorstand hat als Treuhänder fremden Vermögens wie bei seiner gesamten Aufgabenwahrnehmung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.<sup>277</sup> Eine Anpassung der Stiftungsverfassung ist daher unter zwei Voraussetzungen zulässig und geboten: Zum einen müssen sich die tatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem Zeitpunkt der Stiftungserrichtung wesentlich geändert haben, zum anderen muss eine Anpassung der Stiftungsverfassung dem wirklichen oder mutmaßlichen Stifterwillen entsprechen.<sup>278</sup> Diese Voraussetzungen gewährleisten eine enge Bindung an den Stifterwillen. Es sollte daher heißen: *„Satzungsbestimmungen, die nicht unter Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 fallen, kann der Vorstand der Stiftung oder die nach Landesrecht zuständige Behörde ändern, wenn die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse gemessen am Stifterwillen als so erheblich anzusehen ist, dass eine Satzungsanpassung geboten ist.“*

### c) Verfahren

Satzungsänderungen sollen durch Beschluss der Organe der Stiftung mit Genehmigung durch die zuständige Stiftungsbehörde sowie von Amts wegen durch die Behörde selbst erfolgen:

#### *§ i Verfahren der Satzungsänderung durch die Stiftung oder die Stiftungsbehörden*

*(1) Eine Satzungsänderung durch die Stiftung bedarf der Genehmigung der nach Landesrecht zuständigen Behörde. Sie wird mit der Genehmigung wirksam.*

*(2) Die nach Landesrecht zuständige Behörde darf die Satzung nach § h nur ändern, soweit die Stiftung eine notwendige Satzungsänderung nicht oder nicht rechtzeitig selbst vornehmen kann.*

[...]

Dem Vorschlag, beide Formen der Satzungsänderung – durch Organe der Stiftung und durch die Behörde – zuzulassen, wie dies bislang nur in einigen Ländern vorgesehen ist,<sup>279</sup> ist zuzustimmen. Versuche, die fehlenden landesrechtlichen Bestimmungen unter Rückgriff auf § 313 BGB analog zu ergän-

<sup>277</sup> Burgard (Fn. 50), 379; v. Campenhausen/Richter/Hof (Fn. 99), § 6 Rn. 212 m.w.N.; MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 85 Rn. 13.

<sup>278</sup> BGH WM 1976, 1001; Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), § 85 Rn. 19; MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 85 Rn. 7.

<sup>279</sup> Vgl. von Hippel, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hg.), Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 23.5 f. und 24.4 f.

zen, wären damit mittels einer zusammenhängenden Lösung im Bundesstiftungsrecht obsolet. Zu begrüßen ist es auch, dass die Regelung den Vorrang der Stiftungsorgane in diesem Zusammenhang ausdrücklich hervorhebt. Bislang ist dies nur aus dem Grundsatz der Vorgabe durch den Stifter und die Ermessensfreiheit für die Organe hergeleitet worden.<sup>280</sup>

## 6. Einführung eines lebzeitigen freien Änderungsrechts des Stifters

### a) Bedürfnis

Nur die Rechtsform der selbstständigen Stiftung ermöglicht es nach geltendem Recht, dem eigenen Willen in Form des Stifterwillens dauerhaft ein Vermögen zu widmen und ihn dadurch zu perpetuieren.<sup>281</sup> Der Stiftungszweck als Kernelement der Stiftung<sup>282</sup> wird ausschließlich durch den Stifter bestimmt und unterliegt nach der Anerkennung der Stiftung keiner privatautonomen Gestaltung mehr, und zwar auch nicht durch den Stifter selbst.<sup>283</sup> Es gilt das *Trennungs-* und das *Erstarrungsprinzip*: Der Stifter trennt sich von seinem Vermögen endgültig und ohne Widerrufsrecht; wird die Zweckverwirklichung unmöglich, so fällt das Vermögen nicht etwa an den Stifter zurück, sondern nach § 88 BGB an eine von ihm benannte anfallsberechtigte dritte Person. Der ursprüngliche Stifterwille ist mit der Errichtung der Stiftung erstarrt und kann selbst durch den Stifter nicht mehr geändert werden.<sup>284</sup> Der Modernisierungsgesetzgeber von 2002 hatte Vorschläge, dem Stifter den Vorbehalt freier Änderungen von Zweck und Verfassung wenigstens für sich selbst zu gestatten, noch abgelehnt.<sup>285</sup> Da das Bedürfnis nach einem Stifterrecht aber nach wie vor verspürt wird, stellt die Arbeitsgruppe eine entsprechende Regelung erneut zur Diskussion:

<sup>280</sup> Vgl. von Hippel, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hg.), Landesstiftungsrecht, 2011, Rn. 23.59 m.w.N.

<sup>281</sup> Vgl. Mugdan (Fn. 122) 961 f.; umfassend Dutta, Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, 2014, 40 ff. m.w.N.

<sup>282</sup> Staudinger/Hüttemann/Rawert (Fn. 50), Vorbemerkungen zu §§ 80 bis 88 Rn. 5; v. Campenhausen/Richter/v. Campenhausen/Stumpf, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Auflage 2014, § 1 Rn. 9 jeweils m.w.N.

<sup>283</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 80 Rn. 2, 222.

<sup>284</sup> Vgl. etwa Jakob npoR 2016, 7, 10.

<sup>285</sup> Bundesministerium der Justiz, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19.10.2001, 41 f.

### *§ m Recht des Stifters zur Änderung der Stiftungssatzung*

(1) *Stifter haben das nicht übertragbare und nicht vererbliche Recht, die Satzung der von ihnen errichteten Stiftung, einmalig innerhalb von fünf Jahren nach Entstehung der Stiftung zu ändern. Nach Satz 1 kann der Stifter nicht eine auf unbestimmte Zeit errichtete Stiftung befristen oder Grundstockvermögen zum Verbrauch bestimmen.*

(2) *Bei einer Änderung des Stiftungszwecks nach Absatz 1 Satz 1 muss der neue Zweck dem bisherigen Zweck verwandt sein.*

(3) *Bei allen Satzungsänderungen nach Absatz 1 Satz 1 muss gewährleistet sein, dass die Stiftung auch weiterhin die Anerkennungsvoraussetzungen nach § 80 Absatz 2 erfüllt. Bei Stiftungen, die steuerbegünstigte Zwecke verfolgen, muss gewährleistet sein, dass die Stiftung auch weiterhin die Voraussetzungen für eine Steuerbegünstigung erfüllt.*

(4) *Wurde die Stiftung durch mehrere Stifter errichtet, steht ihnen das Recht nach Absatz 1 Satz 1 nur gemeinschaftlich zu.*

(5) *Stifter können das Recht nach Absatz 1 Satz 1 in der Satzung ausschließen.*

### *§ n Verfahren bei Satzungsänderung durch den Stifter*

(1) *Die Änderung der Satzung nach § m Absatz 1 Satz 1 erfolgt auf Antrag des Stifters durch die nach dem Landesrecht zuständige Behörde.*

(2) *Der Antrag zur Änderung der Satzung durch den Stifter bedarf der Zustimmung der Stiftung. Bei einer Änderung des Stiftungszwecks müssen dem Antrag auch die Zustifter zustimmen. Die Zustimmungserklärungen müssen dem Antrag beigefügt werden.*

Indes ist die Arbeitsgruppe gespalten gewesen, ob die Einführung eines lebzeitigen Änderungsrechts mit «stiftungsrechtlichen Grundsätzen» vereinbar ist. Die Stiftung sei darauf angelegt, den Willen des Stifters bei Errichtung der Stiftung zu perpetuieren und die Stiftung vom Stifter abzulösen.<sup>286</sup> Damit wird das geltende Recht zutreffend widergegeben. Gleichwohl ist ein lebzeitiges Änderungsrecht dogmatisch denkbar, ohne dass die Rechtsform der Stiftung damit in ihrem Wesen verändert wird.

Unübersehbar ist zunächst das praktische Bedürfnis, dass länger lebende, unternehmerisch denkende Stifter auf ihre Stiftung zu Lebzeiten Einfluss nehmen und ihre Erfahrungen aus der praktischen Stiftungsarbeit in die Satzung

<sup>286</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 82.



einfließen lassen wollen.<sup>287</sup> Ein Teil der Arbeitsgruppe meint hingegen, Stifter sollten auf die flexiblen Rechtsformen der gGmbH oder der unselbständigen Stiftung ausweichen.<sup>288</sup> In der Tat nimmt die Wahl der gGmbH zu<sup>289</sup> und unter den 21 größten deutschen Stiftungen sind vier als GmbH organisiert.<sup>290</sup> Eine Grenze für die Verwendung derartiger Stiftungsersatzformen setzt lediglich das Irreführungsverbot des § 18 Abs. 2 HGB, wonach der Gebrauch des Namens „Stiftung“ für Vereine oder GmbH nur zulässig ist, wenn die Rechtsform stiftungsähnlich ausgestaltet ist, indem das Kapital eine dauerhafte Zweckerfüllung ermöglicht.<sup>291</sup> Die Entwicklung birgt indes die Gefahr eines Kontrolldefizits, da der Ausschluss von vermögensmäßigen Mitgliederrechten bei gemeinnützigen Stiftungsersatzformen die Machtbalance zugunsten des Managements verschiebt und dies nicht durch eine staatliche Stiftungsaufsicht ausgeglichen wird.<sup>292</sup> Dasselbe gilt für die unselbständige Stiftung als ein vom Stifter an einen Dritten übertragenes Sondervermögen mit dauerhafter Zweckbindung, aber ohne Rechtspersönlichkeit, das i.d.R. auf einer unentgeltlichen Zuwendung (Schenkung, Erbeinsetzung, Vermächtnis) beruht und treuhänderisch oder im Rahmen einer Schenkungsaufgabe verwaltet wird. Dabei ist es höchst umstritten, ob Rechtsgrundlage ein treuhänderisch gebundener Auftrag oder eine Schenkung unter Auflage ist oder ob der Stifter in Anerkennung seiner Privatautonomie insoweit Wahlfreiheit besitzt.<sup>293</sup> Aufgrund der schuldrechtlichen Rechtsgrundlage werden unselbständige Stiftungen indes nicht in ein Register eingetragen und unterliegen nur der Kontrolle durch die Finanzverwaltung.<sup>294</sup> Der Rechtsrahmen für stiftungsähnliche Non-Profit-Organisationen ist in Deutschland damit stark abhängig von der zugrunde liegenden Rechtsform, während etwa in den USA jede *private foundation* unabhängig von

<sup>287</sup> Eine Studie aus dem Jahre 2005 stellte fest, dass Stiftungen zunehmend noch zu Lebzeiten errichtet werden, vgl. *Timmer*, Stiften in Deutschland, 2005, 55.

<sup>288</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 82.

<sup>289</sup> 2012 bestanden 1006 gGmbHs, siehe Zivilgesellschaft in Zahlen, ZIVIZ-Survey, Instrumente und Erste Ergebnisse, 2012, 13.

<sup>290</sup> Bundesverband Deutscher Stiftungen, Liste der größten gemeinnützigen Stiftungen, Stand 28. Juni 2015, [www.stiftungen.org](http://www.stiftungen.org), letzter Abruf am 1.5.2017.

<sup>291</sup> Staudinger/*Hüttemann/Rawert* (Fn. 49), Vorbem. Zu §§ 80 ff. Rn. 294 m.w.N. zumindest beim Verein.

<sup>292</sup> Dies sieht ein Teil der Arbeitsgruppe ebenso kritisch, vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 84.

<sup>293</sup> Für Wahlfreiheit BGH NJW 2009, 1738; ebenso mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands MüKoBGB/*Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 199 ff.

<sup>294</sup> Kritisch daher *Krimmer/Weitemeyer/Kleinpeter/Vogt/v. Schönfeld* (Fn. 185), 109 f.

der Rechtsform als *charitable trust* oder *charitable corporation* der Kontrolle des State Attorney General sowie erheblichen Transparenzpflichten unterliegt, während im romanischen Rechtskreis Kapitalgesellschaften gar nicht für ideale Zwecke einsetzbar sind.<sup>295</sup> Den Ausweichmechanismen gilt es daher durch die Einführung lebzeitiger Änderungsbefugnisse für den Stifter zu begegnen. Auch würden der Umweg über die lebzeitige Wahl der unselbständigen Stiftung oder der Stiftungskörperschaft als Vorstufe zur Stiftung und zahlreiche Fragen über die Reichweite von Änderungsbefugnissen von Stiftungszweck und Stiftungssatzung<sup>296</sup> entbehrlich werden.

Ein solches Stifterrecht verstärkt das Recht auf privatautonome Rechtsgestaltung in Form der Errichtung einer Stiftung und fügt sich in die bestehende Rechtsordnung ein. Insofern ist *Ulrich Burgard* zuzustimmen, dass die Richtigkeitsgewähr der privatautonomen Entscheidung des Stifters, die man ihm sehr weitgehend bei Errichtung der Stiftung zubilligt, nach Errichtung der Stiftung nicht ab-, sondern infolge einer gewissen Experimentier- und Übungsphase sogar noch zunehmen kann.<sup>297</sup> Bedenken wegen eines Verstoßes gegen das Erstarrungsprinzip<sup>298</sup> verkennen, dass die so genannte Unverfügbarkeit der Stiftung durch die Reform nicht aufgehoben, sondern auf den Tod des Stifters aufgeschoben wird, so wie der Erblasser im funktionalen Pendant des Erbrechts zu Lebzeiten einseitige letztwillige Verfügungen jederzeit ändern kann. Die Beibehaltung des Erstarrungsprinzips auch gegenüber dem lebenden Stifter kann auch nicht allein aus Gründen der Tradition oder wegen des «Wesens» der Stiftung gefordert werden, wenn die Schaffung eines Stifterrechts den Rahmen der Privatautonomie des Stifters vergrößert und keine sachlichen Gründe dagegensprechen.

Der Hinweis der Arbeitsgruppe, es könne vom potentiellen Stifter erwartet werden, dass er die Errichtung einer Stiftung unter Weggabe eines Vermögens nach reiflicher Überlegung und guter Beratung treffe, zumal sich Vermögensentscheidungen bei Gründung eines wirtschaftlichen Unternehmens auch nicht korrigieren ließen,<sup>299</sup> geht fehlt. Bei der Wahl jeder anderen

---

<sup>295</sup> *Brakman Reiser/Miller*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 27, 43 f.

<sup>296</sup> Vgl. nur *Burgard* ZStV 2016, 81, 87 ff. m.w.N. auf den Meinungsstand sowie oben III.5.

<sup>297</sup> *Burgard* ZStV 2016, 81, 87 ff.

<sup>298</sup> So *Papsthart* nPoR 2016, 105 f.; *Stolte* BB 2015, 2694, 2969 und aus Schweizer Sicht *Aebi-Müller* Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2005, 721, 733 f.

<sup>299</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 83.

Rechtsform kann die Vermögensübertragung zwar nicht rückwirkend, jedoch viel weitgehender als im geltenden Stiftungsrecht und auch weitgehender als nach dem vorliegenden Vorschlag, der ein Widerrufsrecht aus guten Gründen nicht vorsieht, durch Liquidation oder Satzungsänderung korrigiert werden. Außerdem kommt die Praxis dem änderungswilligen noch lebenden Stifter schon heute sehr weit entgegen, auch aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit über die Reichweite von Änderungsbefugnissen auf landes- und bundesrechtlicher Grundlage, wie der Fall der Wallraff-Stiftung illustriert.<sup>300</sup> Das Beispiel zeigt, dass das Rechtsgefühl dem noch lebenden Stifter weitergehende Änderungsmöglichkeiten zugesteht als Dritten. Hätte etwa ein Donator einer «fremden» Nachbarschaftsstiftung eine Zustiftung mit dem Zweck der Vergabe von Stipendien an Under-Cover-Journalisten zukommen lassen wollen, hätte die Stiftungsbehörde die gleiche Zweckerweiterung mit Sicherheit versagt, obwohl das geltende Recht den Stifter im Verhältnis zu seiner Stiftung nicht anders behandelt als Dritte. Es ist daher zu begrüßen, wenn dem Anliegen der Stifter nach größerer Autonomie auch im Rahmen der Stiftung durch die Einführung einer Probephase für Stiftungsneugründungen, in der der Stifter noch Anpassungen vornehmen kann, Rechnung getragen wird.<sup>301</sup> Eine Begrenzung auf «verwandte» Stiftungszwecke erscheint bereits mit Blick auf diesen exemplarischen Fall als zu eng und führt zu weiterer Rechtsunsicherheit.<sup>302</sup>

### *b) Ausgestaltung*

Nach seinem Tod ist der Stifter allerdings davor zu schützen, dass die auf Ewigkeit angelegte Stiftung durch privatautonome Entscheidungen Dritter maßgeblich geändert wird. Zu Recht beschränken ausländische Stiftungsrechte das freie Zweckänderungsrecht auf den lebenden Stifter, so in Liechtenstein, in Österreich und in der Schweiz. In Liechtenstein stehen die sehr weitgehenden Stifterrechte auf freie Zweckänderung und den Vorbehalt eines Widerrufsrechts dem Stifter nur zu Lebzeiten zu, sind höchstpersönlich und

<sup>300</sup> S.o. III.5.a.

<sup>301</sup> Weitemeyer, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 201, 214 ff.; zustimmend auch Burgard ZStV 2016, 81, 87; Jakob npoR 2016, 7, 10; Rawert, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 2013, 51, 60; Rawert, in: Jakob/von Orelli (Hg.), *Der Stifterwille*, 2014, 103, 118 f.; Schaubhoff npoR 2016, 7; ebenso *Bundesverband Deutscher Stiftungen*, *Stiftungsposition 03-2015*, Reformvorschläge zur Verbesserung des Stiftungsrechts, 9 f.

<sup>302</sup> So auch die Stellungnahme des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft e.V. zum Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe npoR 2017, 145, 146.

nicht vererblich. Juristische Personen sind nicht erfasst.<sup>303</sup> In der Schweiz kann sich der Stifter seit Inkrafttreten des § 86a ZGB am 1.1.2006 ein höchstpersönliches, nicht vererbliches Zweckänderungsrecht vorbehalten, das allerdings erst zehn Jahre nach Errichtung der Stiftung oder nach der letzten Zweckänderung ausgeübt werden kann. Erfahrungen hiermit liegen noch nicht vor.<sup>304</sup> Und auch nach dem 1993 geschaffenen Österreichischen Privatstiftungsgesetz kann sich der Stifter gem. § 33 Abs. 2 ein höchstpersönliches, nicht vererbliches Änderungsrecht vorbehalten. In den USA steht mit dem *charitable trust* eine Rechtsform zur Verfügung, die dem *settlor* die Gewissheit bietet, dass sein Wille weitgehend konserviert wird. Das Stiftungsrecht Chinas hingegen erkennt den Stifter und seinen ursprünglichen Willen nur an, wenn er einen Zuwendungsvertrag mit der Stiftung geschlossen hat.<sup>305</sup>

Die Beschränkung des Änderungsrechts auf den noch lebenden Stifter beruht auf der Besonderheit der Rechtsform. Nur die Stiftung erlaubt eine Perpetuierung des eigenen Willens über den Tod hinaus, was in den Beratungen zum BGB als erhebliche und gerade noch hinnehmbare Erweiterung menschlicher Rechtsmacht herausgestellt worden war<sup>306</sup> und von manchen als bedenkliche Herrschaft der Toten über die Lebenden durch die Macht der „toten Hand“ aufgefasst worden ist.<sup>307</sup> Stellt die Rechtsordnung aber eine derartig singuläre Rechtsform zur Verfügung,<sup>308</sup> dann hat der Staat die dauerhafte Zweckbindung nach dem Tod des Stifters zu garantieren. Die Änderungsphase endet mit dem Tod des Erstversterbenden unter mehreren Stiftern, etwa bei Ehegatten. Mehrere noch lebende Stifter müssen sich einig sein und ihre Stifterrechte gemeinsam ausüben.

<sup>303</sup> Vgl. hierzu *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung, 2009, Rn. 226, 247.

<sup>304</sup> *Jakob*, in: Bumke/Röthel (Hg.), Autonomie im Recht, 2017, 225, 236. Die Parlamentarische Initiative Luginbühl sieht vor, dass sich der Stifter auch eine Änderung der Organisation seiner Stiftung vorbehalten kann, vgl. *Degen/Lorant*, Aktuelle rechtliche und steuerliche Entwicklungen im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsbereich, Vortrag auf dem Schweizer Stiftungstag am 5.11.2015 in Zürich; *Uhl*, Kooperationen im Stiftungsrecht, 2016, 285 ff.

<sup>305</sup> *Bu*, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 1, 10.

<sup>306</sup> Dazu oben III 1c.

<sup>307</sup> Hierzu ausführlich *Dutta* (Fn. 280), 39 ff., 47 ff.; ähnlich die Diskussion in den USA, hierzu in historisch vergleichender Betrachtung *Adam*, in: Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 2015, 1 ff.

<sup>308</sup> Zur breiten historischen Verankerung des Stiftungsgedankens vgl. das historisch-vergleichende Projekt von *Borgolte* (Hg.), Enzyklopädie des Stiftungswesens in Mittelalterlichen Gesellschaften, Band 1 2014, Band 2 2015, Band 3 2017, welches das Phänomen der Stiftung von 500 bis 1500 weltweit nachweist.

Durch eine gewisse Karenzpflicht, etwa von 10 Jahren nach dem Vorbild der Schweiz oder wie vorgeschlagen von fünf Jahren, kann es erreicht werden, dass Stifter und ihre Berater sorgfältig über ihre Wünsche und Ziele nachdenken und nicht im Stadium der Dauererrichtung verharren. Dagegen könnte sprechen, dass diese Fristen angesichts vielleicht dringender Änderungsgründe noch lebender Stifter zu starr sind und die jeweilige Fristdauer willkürlich gegriffen erscheint. *Jakob* plädiert deswegen dafür, das freie, aber befristete Änderungsrecht des Stifters stattdessen an der inhaltlichen Legitimität des Anliegens des Stifters zu messen und gegenüber den Interessen der Stiftung abzuwägen. So soll eine gut funktionierende Stiftung durch den Stifter nicht ohne berechtigtes Interesse – womöglich aus böswilligen Motiven – umgestaltet werden können.<sup>309</sup> Auch der Arbeitsgruppe schwebt kein freies Änderungsrecht vor, sondern der geänderte Zweck soll dem bisherigen Zweck verwandt sein (§ m Abs. 2)<sup>310</sup> und der Stifter soll das Änderungsrecht im Interesse der Stiftung wie ein Quasi-Organ der Stiftung ausüben, so dass die Stiftung selbst (durch ihre Organe) sogar zustimmen muss (§ n Abs. 2).<sup>311</sup>

Damit stellt sich die Frage, ob und wie eine Abwägung zwischen den Interessen der Stiftung und des noch lebenden Stifters vorgenommen werden soll.<sup>312</sup> Man kann sich, wie die Regelungen in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein zeigen, auf den Standpunkt stellen, die privatautonome Gestaltungsmacht des Stifters reiche bis zu seinem Tod<sup>313</sup> und setze sich gegenüber den Stiftungsinteressen durch. Zwar ist die einmal errichtete Stiftung als inländische juristische Person des Privatrechts nach Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtsträgerin, jedoch nur in den durch die Rechtsordnung gesetzt Grenzen.<sup>314</sup> Damit darf die Rechtsordnung eigene Interessen der Stiftung gegenüber ihrem Stifter übergehen, wenn sie insoweit das Erstarrungsprinzip aufhebt, genauso wie es kein Recht des Vereins oder der Gesellschaft gegen zweckändernde oder die Liquidation anordnende (einstimmige) Beschlüsse ihrer Mitglieder gibt. Hinzu kommt, dass die Stifterautonomie hierdurch ausgehöhlt werden

<sup>309</sup> *Jakob*, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 225, 236 f.

<sup>310</sup> Dazu bereits o. III.6.a. a.E.

<sup>311</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 83, 87.

<sup>312</sup> Ein Beispiel für den Interessengegensatz zwischen Stifter bzw. Stifterfamilie und Stiftung bietet die mit einem Stiftungskapital von 40 Mio. Euro ausgestattete Herbert-Quandt-Stiftung, deren Stiftungsrat im April 2015 „eine strategische Neuausrichtung“ beschlossen und ihre operative Tätigkeit eingestellt hat, [www.herbert-quandt-stiftung.de/transformation](http://www.herbert-quandt-stiftung.de/transformation), letzter Abruf am 1.5.2017.

<sup>313</sup> So *Rawert*, in: *Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hg.), *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, 2013 51, 60; *Rawert*, in: *Jakob/von Orelli* (Hg.), *Der Stifterwille*, 103, 118 f.

<sup>314</sup> Vgl. *MüKoBGB/Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 44.

würde, da es kaum gelingen dürfte, Maßstäbe für „funktionierende“ Stiftungen zu finden,<sup>315</sup> so dass letztlich die Aufsichtsbehörde anstelle des Stifters die Entscheidung treffen würde, zumal die Stiftungsorgane keine eigenen privatautonomen Gestaltungsrechte in Bezug auf die Stiftung haben.<sup>316</sup> Für sie sollte lediglich ein Anhörungsrecht vorgesehen werden. Die Zweckänderung kann einen wichtigen Grund zur Niederlegung des Amts sowie zur Kündigung eines eventuell bestehenden Anstellungsvertrags<sup>317</sup> darstellen. Hierdurch sind sie ausreichend geschützt.

Da der Reformvorschlag – aus guten Gründen anders als in Liechtenstein<sup>318</sup> – kein Widerrufsrecht des Stifters vorsieht und auch eine Befristung, die Umwandlung in eine Verbrauchsstiftung und in eine privatnützige Stiftung ausgeschlossen sind (§ m Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2), hat die Stiftungsaufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Genehmigung des Änderungsantrags ebenso wie bei der Errichtung der Stiftung lediglich zu prüfen, ob die Stiftung mit ihrem geänderten Zweck weiterhin die Anforderungen des § 80 Abs. 2 S. 1 BGB (Lebensfähigkeitsvorbehalt und Gemeinwohlvorbehalt) erfüllt, da sonst die Prüfung dieser Voraussetzungen bei Errichtung der Stiftung ins Leere gehen würde. Der Reformvorschlag greift dies in § m Abs. 3 S. 1 zutreffend auf. Damit ist auch der Einwand obsolet, die Stiftungsaufsicht könne bei einer Änderung der Satzung durch den Stifter die Einhaltung des Stifterwillens nicht adäquat überwachen.<sup>319</sup>

Im vorliegenden Reformentwurf ist das Stifterrecht nicht auf natürliche Personen beschränkt, obwohl dies nicht im Gesetzeswortlaut deutlich wird, der von einem „nicht vererblichen“ Recht spricht.<sup>320</sup> Aus Gründen der Gleichbehandlung ist es aber geboten, auch juristischen Personen als Stifter, etwa Unternehmensstiftungen, eine Experimentierphase zuzugestehen. Angesichts der potentiellen Unsterblichkeit juristischer Personen muss für diese allerdings eine zeitliche Begrenzung etwa von einer halben oder ganzen Ge-

---

<sup>315</sup> Vgl. etwa zu der Frage einer richtigen Wirkungsmessung von gemeinnützigem Handeln nach dem Social Reporting Standard *Achleitner/Spiess-Knafl/Heinecke/Schöning/Noble*, *The Social Investment Manual. An Introduction for Social Entrepreneurs*, 2011; *Wörrlein* npoR 2015, 14 ff.

<sup>316</sup> S.o. 5.a.

<sup>317</sup> Hierzu *MüKoBGB/Weitemeyer* (Fn. 50), § 86 Rn. 8 ff.

<sup>318</sup> Zur Problematik einer fehlenden Trennung von Stifter und Stiftung für Pflichtteilsansprüche und aus steuerlicher Sicht vgl. *Jakob*, in: *Bumke/Röthel* (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 225, 235.

<sup>319</sup> So der zutreffende Hinweis eines Teils der Arbeitsgruppe, vgl. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 84.

<sup>320</sup> Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Stiftungsrecht“ an die Ständige Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder vom 9.9.2016, 88 f.

neration, d.h. rund 20/30 Jahren, eingeführt werden. Die vorgeschlagene Befristung auf fünf Jahre für natürliche wie juristische Personen als Stifter erscheint vor dem Hintergrund der auch von der Arbeitsgruppe angesprochenen steuerlich erlaubten Thesaurierung in den ersten vier Jahren gem. § 62 Abs. 4 AO als zu kurz und berücksichtigt die Interessen zunehmend jüngerer Stifter nicht ausreichend.<sup>321</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Änderungsrecht nicht bis zu Lebzeiten des Stifters dauern soll, zumal wenn der dadurch eintretende erhöhte Behördenaufwand durch entsprechende Gebührentatbestände abgedeckt wird, wie dies im Vereinsrecht problemlos praktiziert wird.

Der Vorschlag möchte mittels eines Zustimmungserfordernisses (§ n Abs. 2) Zustifter schützen, die im Hinblick auf den Stiftungszweck Vermögen zugewendet haben. Das freie Zweckänderungsrecht des Stifters schafft in der Tat erstmals einen Interessengegensatz zwischen dem Stifter und anderen „Stakeholdern“ der Stiftung noch zu Lebzeiten des Stifters und nicht erst gegenüber den nachfolgenden Generationen.<sup>322</sup> Sieht man Zustifter als Quasi-Mitstifter,<sup>323</sup> wäre die Änderungsbefugnis des Stifters durch die Zustimmung aller Zustifter begrenzt und würde voraussetzen, dass auch diese noch leben. Überwiegend geht man aber zu Recht davon aus, dass Zustifter nicht selbst Stifter sind.<sup>324</sup> Ihre Interessen sind dadurch ausreichend geschützt, dass sie aus der Satzung entnehmen können, dass das Stifterrecht nicht ausgeschlossen ist (vgl. § m Abs. 5) und sie die Rechte des Schenkungsrechts geltend machen können. Da sie zivilrechtlich der Stiftung ein Vermögen unter der Auflage der zweckgerechten Verwendung der hieraus erzielten Erträge schenken, hat bei Nichtvollziehung der Auflage der Schenker und bei gemeinnützigen Zwecken nach seinem Tod die Behörde einen Anspruch auf Vollzug der Auflage, § 525 BGB, sowie nach § 527 BGB einen Rückforderungsanspruch.<sup>325</sup> Im Übrigen bestehen auch bei den bereits vorhandenen gesetzlichen und satzungsmäßigen Zweckänderungsrechten keine besonderen Einschränkungen zugunsten von Zustiftern.

Destinatäre können beeinträchtigt werden, wenn ihre Förderung von dem geänderten Stiftungszweck nicht mehr umfasst ist. Sie sind jedoch nur zu schützen, wenn sie subjektive Rechte auf bestimmte Stiftungsleistung durch

---

<sup>321</sup> So auch Bundesverband Deutscher Stiftungen npoR 2017, 115, 118.

<sup>322</sup> Vgl. hierzu *Weitemeyer*, in: Bumke/Röthel (Hg.), *Autonomie im Recht*, 2017, 201, 205 ff.

<sup>323</sup> *Muscheler* WM 2008, 1669 ff.

<sup>324</sup> Vgl. hierzu *Flues*, *Die Zustiftung*, 2015, 18, 46; *MüKoBGB/Weitemeyer* (Fn. 50), § 80 Rn. 189.

<sup>325</sup> Hierzu ausführlich *Flues* (Rn. 323), 36 ff; *Rawert*, in: *Walz/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt* (Hg.), *Non Profit Law Yearbook* 2005, 2006, 165, 178.

Satzung eingeräumt erhalten haben.<sup>326</sup> Einige Landesstiftungsgesetze haben vor der Stiftungsrechtsreform von 2002 die staatliche Genehmigung von Satzungsänderungen verboten, die Destinatärsrechte beeinträchtigen, weil man hierin einen Konflikt mit dem Verbot der entschädigungslosen Enteignung sah.<sup>327</sup> Nur wenn die Änderung der Stiftungssatzung zur weiteren dauernden und nachhaltigen Erfüllung des Stiftungszwecks geboten ist, müssen die Interessen der Destinatäre zurücktreten.<sup>328</sup> Ein entsprechender Vorbehalt sollte in den Gesetzesvorschlag aufgenommen werden. In der Regel räumen Stifter Destinatären aber keine bestimmten Rechte ein, zumal gemeinnützige Stiftungen aus steuerlichen Gründen nicht bestimmte einzelne Personen, sondern nur einen nach allgemeinen Kriterien bestimmten Kreis von Empfängern fördern dürfen.<sup>329</sup>

#### *IV. Fazit*

Die Errichtung einer Stiftung ist Ausdruck der Privatautonomie des Stifters. Der Rechtsvergleich zeigt, dass liberale Rechtsordnungen, die Stiftern weitgehende Autonomie zugestehen und diese gegen Außeneinflüsse schützen, über ein nachhaltiges Stiftungswesen verfügen. Sie bieten klare gesetzliche Rechtsgrundlagen, gewähren dem Stifter einen Anspruch auf Stiftungserrichtung ohne Ermessensentscheidung der Behörden und schützen die Vorgaben des Stifters gegenüber schädigenden Einwirkungen auf die Stiftung durch eine nur der Rechtsaufsicht verpflichteten behördliche Kontrolle.<sup>330</sup>

Die Reformvorschläge der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht zur Vereinheitlichung und Überführung des materiellen Stiftungsrechts in das BGB sind daher zu begrüßen, stellen sie doch einen erheblichen Fortschritt hin zu mehr Rechtssicherheit dar. Die in das Bundesstiftungsrecht der §§ 80 ff. BGB zu integrierenden Regelungen, die in zum Teil unterschiedlicher Ausgestaltung in den Landesstiftungsgesetzen enthalten waren, könnten fortan durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft einheitlich begleitet und fortentwickelt werden. Auch die Erweiterung der Privatautonomie des Stifters durch die Einführung eines lebzeitigen Stifterrechts auf Satzungsänderung

---

<sup>326</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 85 Rn. 34 ff.

<sup>327</sup> Hierzu MüKoBGB/Reuter (Fn. 43), BGB § 85 Rn. 25 m.w.N.

<sup>328</sup> MüKoBGB/Weitemeyer (Fn. 50), § 85 Rn. 31.

<sup>329</sup> Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 3.22. Eine Ausnahme besteht bei mildtätigen Zwecken nach § 53 AO.

<sup>330</sup> Weitemeyer, in: Jung (Hg.), Stärkung des Stiftungswesens. Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der 35. Tagung für Rechtsvergleichung vom 10. bis 12. September 2015 in Bayreuth, 2017, 107 ff.



ist zu begrüßen. Nicht durchweg beizupflichten ist den Vorschlägen, soweit sie die Stifterautonomie als oberste Richtschnur des Stiftungsrechts ohne Not einschränken, etwa bei dem Verbot der reinen zeitbefristeten Stiftung oder bei der zeitlichen Beschränkung des Stifterrechts.

Reformen im Stiftungsrecht sind sorgfältig zu durchdenken. Auf ewig errichtete und im Grundsatz änderungsfeste Stiftungen werden von etwaigen Korrekturen vorschneller Gesetzesänderungen in der Regel nicht mehr erreicht. Aus diesem Grund ist der umsichtig erstellte Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu loben, der die geltende, teilweise uneinheitliche Praxis der Stiftungsbehörden deutlich aufzeigt und eine wertvolle Diskussionsgrundlage für die Fortentwicklung des deutschen Stiftungsrechts im 21. Jahrhundert bietet.